

**TRIBUNAL NACIONAL DE
ÉTICA MÉDICA**

GACETA JURISPRUDENCIAL
OCTUBRE DE 2012

NÚMERO ESPECIAL
ANESTESIOLOGÍA

© 2012 Tribunal Nacional de Ética Médica

Calle 147 No. 19-30 Oficina 32
Centro Comercial Futuro
Bogotá, Colombia
Teléfonos: (571) 627 9975 - 627 9983
Fax: (571) 627 9587
trnetmed@etb.net.co

ISSN 0123-0832

Diagramación: Camilo Atehortua D.
Preparación litográfica e impresión:
Giro Editores Ltda.
Calle 72A No. 68G-47
Telefono: (571) 311 3879
Bogotá, Colombia

Es permitido a todos reproducir la Constitución, Leyes, Decretos, Ordenanzas, Acuerdos, Reglamentos, demás Actos Administrativos y Decisiones Judiciales, bajo la obligación de conformarse puntualmente con la edición oficial, siempre y cuando no esté prohibido.

Artículo 41 Ley 23 de 1982

Esta edición y sus características gráficas son de propiedad del Tribunal Nacional de Ética Médica.

© 2012

MAGISTRADOS 2012

Dr. Francisco Pardo Vargas (Presidente)

Dra. Lilian Torregrosa Almonacid

Dr. Fernando Guzmán Mora

Dr. Efraím Otero Ruíz

Dr. Juan Mendoza Vega

Asesor Jurídico

Dr. Edgar Saavedra Rojas

Abogada Secretaria

Dra. Martha Lucía Botero Castro

Línea de atención al Cliente Nacional: 01 8000 111 210
Línea de atención al Cliente Bogotá: (57-1) 4199299
▶ www.4-72.com.co

Entregando lo mejor de
los colombianos



Permiso de Tarifa Postal Reducida. No. 2012 - 137 - 472, Vence 31 de Dic. de 2012

INDICE

Editorial: Qué es medicina? Dr Francisco Pardo Vargas Dr. Fernando Guzmán Mora.	09
Artículo de revisión: Qué es Ética Médica? Dr. Fernando Guzmán Mora. Dr. Francisco Pardo Vargas. (Presidente) Dra. Lilian Torregrosa Almonacid. Dr. Efraím Otero Ruíz. Dr. Juan Mendoza Vega.	13
Providencia 113-2010. Tribunal Seccional de Ética Médica de Risaralda. Sanción por abandono de la sala de cirugía. Magistrado ponente: Dr. Efraím Otero Ruíz.	37
Providencia 01-2006. Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia. Decreto de prueba pericial. Magistrado Ponente: Dr. Miguel Otero Cadena.	44
Providencia 02-2006. Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca. Fenómeno de la prescripción. Absorción masiva de anestesia por vía ósea. Magistrado ponente: Dr. Efraím Otero Ruíz.	59
Providencia 04-2004. Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá. Inhibitoria. Muerte en procedimiento odontológico. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora.	68

Providencia 06-2012. Tribunal Seccional de Etica Medica de Cundinamarca. Condena a anesthesiologo imprudente. Magistrado ponente: Dr. Fernando Guzman Mora.	81
Providencia 07-2006. Tribunal Seccional de Etica Medica de Antioquia. Prohibicion de anestesis simultáneas. Prescripción por demoras injustificadas. Magistrado ponente: Dr. Juan Mendoza Vega.	113
Providencia 30-2008. Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas. Inhibitoria. Absolución. Doble cobro de honorarios. Magistrado ponente: Dr. Juan Mendoza Vega.	122
Providencia 28-2008. Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá. Absolución a anesthesiologo y cirujano diligente. Magistrado ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora.	133
Providencia 33-2000. Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca. Condena a anesthesiologo negligente y médico general que funge de cirujano. Magistrado ponente: Dr Eduardo Rey Forero.	165
Providencia 33-2004. Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta. Condena a anesthesiologo por abandono de la sala de cirugía. Magistrado ponente: Dr Carlos Gaviria Neira.	185
Providencia 33-2001. Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca. Negativa de recurso de apelacion a sentencia preclutoria. Magistrado ponente: Dr Efraím Otero Ruíz.	198

Providencia 56-2011. Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca. Sanción por falta de consentimiento informado a cirujano y anesthesiólogo negligentes. Magistrado ponente: Dr Fernando Guzmán Mora.	218
Providencia 43-2007. Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas. Sanción a anesthesiólogo negligente. Magistrado ponente: Dr Efraím Otero Ruíz.	242
Providencia 120-2011. Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca. Impedimentos. Cambio de radicación. Prescripción. Magistrado ponente: Dr German Peña Quiñones.	252
Artículo: Por qué es necesario regular la conducta humana? Dr. Fernando Guzmán Mora. Cn. Médica Sara Edith Moreno Mazo. Tc. Médico Carlos Alberto Arias Páez.	266
Artículo: Diferencias entre derecho, moral, buenas costumbres y reglas de trato social. Dr. Fernando Guzmán Mora. Cn. Médica Sara Edith Moreno Mazo. Tc. Médico Carlos Alberto Arias Páez.	273

EDITORIAL

QUÉ ES MEDICINA? POR QUE LA OBLIGATORIEDAD DE LA MORAL?

FRANCISCO PARDO VARGAS, MD

Magistrado Presidente. Tribunal Nacional de Ética Médica

FERNANDO GUZMAN MORA, MD

Magistrado. Tribunal Nacional de Ética Médica.

Una profesión consiste en practicar una determinada actividad que sirve a los demás y que se escoge por voluntad propia siguiendo una vocación, con el objeto de realizarse como persona a través de un trabajo.

Para desempeñar a conciencia una profesión, quien la ejerce debe tener una formación moral integra. Debe ser una persona honrada, bien formada conceptualmente en su oficio, con un sentido claro de justicia y un marcado afecto por la sociedad en que practica su trabajo.

Las tres metas mas importantes de la medicina son : Curar la enfermedad, aliviar el dolor y readaptar al individuo. Sin embargo para llegar a esta definición de principios, tuvo que recorrerse un largo camino.

El enfermo ha sido considerado por la sociedad en forma diversa. La reacción social frente al enfermo ha sido diferente a lo largo de los siglos. Del abandono de la comunidad primitiva a la posesión demoníaca de muchas culturas, pasando por el concepto del castigo Divino en Babilonia, la inferioridad social de los griegos y la cruz de redención del Cristianismo.

La medicina puede entonces definirse como el arte de conservar y restaurar la salud para hacer la vida mas fácil y segura a la comunidad. Sus pilares son dos: Oficio-arte y tecnología-ciencia. Por tanto, como oficio social es el brazo de la civilización en su lucha contra la Enfermedad.

Por lo anterior, no se puede desligar la medicina como ciencia, de su ejercicio como profesión y de la influencia que sobre ella tienen el Estado, las normas de conducta de la comunidad, el medico como individuo y el mismo paciente como objeto del acto medico.

Si la búsqueda del bien es el fin de la actividad moral, la ética social rige toda actividad dentro del conglomerado de Pueblos y vecinos influenciando en forma directa toda profesión y oficio, incluyendo la Medicina, la cual obedece a ciertos valores considerados como dignos de seguir. Y debe ser así, para que exista congruencia entre toda actividad medica individual o institucional.

Cualquiera que sea el régimen, el médico debe poseer una serie de características esenciales: Amor por el enfermo, bondad con el ser humano, conocimiento científico y respeto por la persona.

Por lo tanto, habiendo superado las etapas históricas como sacerdote, hechicero o mago, el medico no debe ser solamente un científico frío con una serie de conocimientos aplicables. También debe ser un funcionario social, un dirigente, un amigo de los enfermos que se preocupa por el mejoramiento de personas y conglomerados humanos.

El médico, pues, deberá conocer en forma integral a su paciente, esforzándose por sentir empatía con el mismo, sin importar qué tan difícil sea su personalidad ni qué tan impactante sea su enfermedad. Debe ser un maestro del enfermo, orientándolo en lo que a conciencia debe hacerse y ayudándole a tomar las decisiones como si las tomara para si mismo. Pero, por sobre todo, deberá sentir una profunda compasión por el ser que sufre, agobiado por una enfermedad a veces sin remedio y ante la cual el medico siempre deberá ofrecer algún tipo de apoyo, especialmente cuando no existe la esperanza.

Pero, desde el punto de vista social, el actuar médico se encuentra regulado por la norma jurídica, dentro de la cual debe actuar, so pena de ser objeto del reproche social y del castigo estatal.

Cúal es el encanto de una Ley de Etica Médica? Que lo que anteriormente era apenas una directriz de conducta de libre elección y cuyo máximo juez era la conciencia personal, se ha vuelto una norma de obligatorio cumplimiento, cuyo juez supremo es la sociedad a través de los tribunales ético disciplinarios.

Es la transcripción del deber ser teórico a la obligatoriedad del deber práctico.

Y ese es el noble trabajo de los Magistrados de los Tribunales de Etica Médica en todo el país.

ARTICULO DE REVISIÓN

ETICA MÉDICA

FERNANDO GUZMAN MORA. MD
FRANCISCO PARDO VARGAS. MD
JUAN MENDOZA VEGA. MD
EFRAIM OTERO RUIZ. MD
LILIAN TORREGROSA ALMONACID. MD

El concepto del bien y el mal ha existido desde que el ser comenzó a conocerse a si mismo, identificándose además como parte relativamente independiente de un todo.

Aristóteles decía que el bien es lo que todos apetecen, pues perfecciona a quien lo posee. Desde un punto de vista puramente filosófico, el bien acerca a la verdad y ésta acerca al ser.

En general, un acto bueno es aquel que tiende a perfeccionar al ser, teniendo en cuenta que el concepto mismo de “perfección” se basa en criterios que pueden resultar parcial o totalmente subjetivos¹.

Para poder “objetivar” el concepto de perfección, debemos partir de los modelos que el mismo ser humano ha dejado a lo largo de la historia. Pero si además estamos convencidos de que por encima de cualquier individuo debe primar la especie, el desarrollo y cultivo de la virtud (cualquiera que esta sea), individual o colectiva, aislada o simultánea, lleva al ser humano cada vez mas cerca de ese concepto de perfección al cual nos hemos referido.

¹ Guzmán F, Mendoza J. CONSIDERACIONES ESPECIALES SOBRE ETICA MÉDICA. Rev Col Mayor Ntra Sra del Rosario 1994; 563: 73-90.

Ahora bien, el ser humano bueno no lo es simplemente porque posea una serie de virtudes. Lo es porque en la integridad de su condición intenta ser bueno. Porque lucha por alcanzar la perfección individual respetando la individualidad de los demás y protegiendo la integridad de la especie humana.

Cúal es el fundamento del conocimiento sobre el bien y el mal? La respuesta es simple: El cúmulo de experiencia humana que ha permitido, a través del sistema ensayo-error, llegar a poseer un criterio sobre lo que conviene o no a la especie. Esto se conoce como Sabiduría, esa virtud intelectual por la cual tratamos de llegar a las causas últimas de las cosas.

La Sabiduría ha sido transmitida en varias formas, de generación en generación, por las diferentes culturas humanas, evolucionando de la observación simple hasta los preceptos de alta moral. Sobre este concepto se ha escrito en forma ininterrumpida en los últimos 4000 años.

De los egipcios se conservan algunas obras como La Sabiduría de Kegemne y La Sabiduría de Ptah-hotep.

Los hebreos plasmaron sus criterios en los Proverbios, los Salmos, el Eclesiastés y el libro de la Sabiduría, atribuido por algunos al Rey Salomón y cuya autoría han negado intelectuales de la talla de San Agustín.

Este último libro comienza haciendo mención de la Justicia y luego se exhorta el triunfo de la virtud. Sin embargo, el más profundo análisis de la sabiduría, en donde se plasman normas éticas universales, es el Eclesiástico, que exhorta el honor a los padres, la práctica de la humildad, la misericordia, la templanza, la fortaleza, la amistad y la prudencia, entre otros.

Los chinos tuvieron en las obras de Confucio una excelente guía de conducta social y preceptos morales a través de sus Aforismos.

En Grecia los pitagóricos proclamaron su “amor a la sabiduría”, dedicándose a definir el universo en términos científicos, con lo cual

el conocimiento se asimiló a la virtud. Platón dividió la Sabiduría en dos partes: La especulativa, orientada hacia la meditación de la verdad y la práctica, centralizada en la conducta humana.

La Sabiduría occidental aplicada a la norma ética se encuentra en las obras de los filósofos de los últimos dos mil años, particularmente en San Agustín, Santo Tomás, Bacon, Spinoza, Descartes y Kant, entre muchos otros.

La época moderna, que considera que la Sabiduría moral ha dado paso al conocimiento científico, nos recuerda que es precisamente la ciencia el descendiente natural de la sabiduría de los albores de la humanidad.

Y si bien la ciencia crea nuevos problemas éticos al hombre, su aplicación basada en el bien universal y en la búsqueda de la perfección, es un legado de los millones de pensadores que hicieron posible abrir el entendimiento para comprender al universo y al ser humano mismo.²

MORAL

Moral proviene del latín “mores” y Ética del griego “ethos”. Ambos significan: costumbre.

La moral no es simplemente un concepto filosófico. Es una vivencia existencial basada en el mejoramiento o perfección de los individuos. Constituye el código de comportamiento social y personal que defiende los intereses colectivos y permite la convivencia entre personas. La moral es entonces el conjunto de normas de conducta que permite establecer una distinción entre lo que es bueno y lo que no lo es³.

El sentido moral nace de la responsabilidad y de la libertad. Es precisamente esta última la que hace que los actos sean susceptibles de ser calificados como buenos o malos, pues en el ejercicio de su libertad y luego de un análisis de conciencia, el ser humano toma la decisión de efectuar un acto determinado.

2 Guzmán F, Mendoza J. Reflexiones sobre Ética Médica. El Nuevo Siglo. 194; Sept 17:11B-12B.

3 Guzmán F. Fundamentos intelectuales de la ética. Carta Quirúrgicas 2002. 18:14-15.

El acto humano libre se basa en conocimiento y deseo a la luz de su propia razón, que posee las características de inteligencia y voluntad.

Sin embargo, esto no quiere decir que la moral deba ser de tipo “situacional”, pues la conciencia no puede obrar independientemente de los principios universales, que son al fin y al cabo los que orientan los casos particulares. Todo sistema moral tiene que admitir la existencia de principios o normas de carácter universal.

El hombre virtuoso es el que posee una predisposición permanente a hacer el bien, dando en forma permanente lo mejor de si mismo. De acuerdo a la Iglesia, las cuatro virtudes humanas esenciales son la prudencia, la justicia, la fortaleza y la templanza.

ÉTICA

La ética es el estudio de la moral. Plantea cual es el valor de bondad de las conductas mismas, de lo que es correcto o incorrecto. Es entonces la filosofía de la moral y por lo tanto busca causas universales que logren adaptar los actos humanos al bien universal.

Se ha definido además como “ciencia del comportamiento”, pues parte del análisis histórico y social de hechos morales concretos, tratando de llegar a principios universales en forma objetiva, sistematizando el conocimiento y volviendo verificables estos principios. Es pues, la ciencia que juzga los actos humanos como buenos o malos, entendiendo como acto humano el que procede de la voluntad del hombre.

Como disciplina, la ética es de tipo normativo, es decir, se ocupa del “cómo debería ser en general” la conducta humana⁴.

La ética se basa en el análisis del bien y del mal. Por lo tanto, dentro de la conducta humana hay acciones que deben normatizarse, con el objeto de evitar que el instinto dirija a la razón. Desde este punto de

⁴ De acuerdo con Vélez Correa, hay tres elementos que deben estudiarse.

- El ser humano, causa esencial de la filosofía, pues sin él no existía la ética.
- La conducta humana
- El bien universal

vista, los actos se llevarán a cabo por convicción propia (nacida de la educación social), por normalización externa y como resultado de una visión general del universo.

La ética no es una ciencia positiva. No describe los actos humanos como son, sino como deben ser. Por esto, es una ciencia normativa.

Existen unos principios absolutos para cualquier estructura ética, en que es lo que concierne al ser humano en sí. Ellos incluyen su autonomía de decisión, su individualidad, su igualdad de derechos y la práctica de deberes elementales como no dañar a nada ni nadie sin absoluta necesidad. El estudio y la enseñanza de estos principios “mínimos” de convivencia es el fundamento de la ética social.⁵

Sin embargo, el respeto a los derechos individuales llega hasta donde los actos de las personas comienzan a lesionar el bien común, pues este es el fin mismo de la ética social, de la convivencia entre personas.

La diferencia entre ética autónoma y ética heterónoma tiene importancia analítica. La primera se basa en el concepto kantiano de autonomía moral, es decir, de la capacidad de la persona para actuar en forma consistentemente moral, sin influencias externas. La segunda es la que se recibe de fuentes externas e independientes de la voluntad y que se imponen por la sanción, la cual puede ser religiosa, política y social⁶.

Ética y educación van de la mano. A través de la educación, tanto en la familia como en la escuela, se inculcan al ser humano en evolución los conceptos básicos de comportamiento, con base en el “modelo ideal” de persona que se tenga en la sociedad.

5 Desde el punto de vista de ética social, estamos de acuerdo con el planteamiento de F. Herrera, quien con su acostumbrada profundidad plantea:

“... Tenemos tres grandes principio éticos, destinados al recto obrar humano, según la premisa ética de la recta razón... Haz el bien y evita el mal... no hagas a otros lo que no desees que hagan contigo....Haz a los demás lo que desees que hagan contigo”.

6 Guzmán F, Franco E. Padrón J. La ética kantiana como reguladora de la cirugía. En Guzmán F., Franco E, Rosselli D. La práctica de la Medicina y la Ley. Biblioteca Jurídica Dike 1 Edición. Medellín, 1996.

Los principios elementales de la ética natural son: Inviolabilidad del ser humano, igualdad de derechos y respeto a la integridad personal⁷.

Aquí vale la pena citar el libro de Oscar Echeverri, connotado eticista y salubrista de Cali, en su libro recientemente publicado por la Fundación Restrepo Barco⁸ : *El respeto es la clave para que las relaciones humanas sean armónicas y la vida sea más noble. Crea un ambiente de confianza en que las transacciones humanas, económicas, sociales y políticas ocurren con eficacia y calidad...No escapan a este ensayo las profundas consecuencias del irrespeto en la sociedad, particularmente en asuntos sociopolíticos de enorme importancia como el racismo, el aborto, la privacidad, el sexismo, la pornografía, el cuidado médico, la diversidad cultural, el terrorismo etc. Una sociedad tendrá mayor posibilidad de reducir la injusticia social y la asimetría de poder en la medida que el respeto entre las personas y el respeto a los demás sean valores cada vez más practicados. La innegable recompensa moral y social del respeto se traduce en mejor calidad de vida y bienestar para todos.*

ÉTICA MÉDICA

Hace referencia a la permanente evaluación que juzga los actos médicos como buenos o malos, así como al desarrollo de normas que orienten dichos actos. En la misma forma, orienta la conducta general de quienes practican la medicina, dentro y fuera del ejercicio, para mantener su dignidad y tradición sociales.

Los códigos de ética establecen entonces las “reglas de juego” desde el punto de vista moral en la práctica médica, basados en criterios lo más universales posibles, sobre lo que es bueno y lo que es malo, apoyados en las costumbres del grupo social y en la extensa y compleja historia de la medicina.

7 ÉTICA MÉDICA Guzmán F, Franco E. Derecho Médico Colombiano. Tomo I. Responsabilidad Civil Médica. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín. 2004.

8 Echeverri, O.: El Respeto-Clave en la solución. Ed. Taller Creativo, Cali, 2012.

Estos códigos intentan contrarrestar las simpatías, antipatías y afinidades humanas, para que el ejercicio profesional tienda siempre al bien individual y social.

Una profesión consiste en practicar una determinada actividad que sirve a los demás y que se escoge por voluntad propia siguiendo una vocación, con el objeto de realizarse como persona a través de un trabajo y respetando un especial compromiso ético. Las profesiones se diferencian de los oficios por su capacidad de autorregulación. Lo anterior demanda que para desempeñar a conciencia una profesión, quien la ejerce debe tener una formación moral íntegra. Debe ser una persona honrada, bien formada conceptualmente en su oficio, con un sentido claro de justicia y un marcado afecto por la sociedad en que practica su trabajo.

Por lo anterior, no se puede desligar la medicina como ciencia, de su ejercicio como profesión y de la influencia que sobre ella tienen el Estado, las normas de conducta de la comunidad, el médico como individuo y el mismo paciente como objeto del acto médico⁹.

Las tres metas más importantes de la medicina son: Curar la enfermedad, aliviar el dolor y el sufrimiento y readaptar al individuo; aspirando siempre a ser honorable y dirigir su propia vida profesional, ser moderado y prudente, asequible, económicamente viable, justa y equitativa. Sin embargo para llegar a esta definición de principios tuvo que recorrerse un largo camino.

El enfermo ha sido considerado por la sociedad en forma diversa. La reacción social frente al enfermo ha sido diferente a lo largo de los siglos. Del abandono de la comunidad primitiva a la posesión demoníaca de muchas culturas, pasando por el concepto del castigo Divino en Babilonia, la inferioridad social de los griegos y la cruz de redención del Cristianismo.

⁹ El código de Ética Médica Colombiano, lo menciona en su Título I, Capítulo I, Artículo 10.

“Los principios éticos que rigen la conducta de los médicos, no se diferencian substancialmente de los que regulan la de otros miembros de la sociedad...”

La medicina puede entonces definirse como el arte de conservar y restaurar la salud para hacer la vida mas fácil y segura a la comunidad. Sus pilares son dos: Oficio-arte y tecnología-ciencia. Por tanto, como oficio social es el brazo de la civilización en su lucha contra la enfermedad.

Si la búsqueda del bien es el fin de la actividad moral, la ética social rige toda actividad dentro del conglomerado de Pueblos y vecinos influenciando en forma directa toda profesión y oficio, incluyendo la Medicina, la cual obedece a ciertos valores considerados como dignos de seguir. Y debe ser así, para que exista congruencia entre toda actividad médica individual o institucional.

Hipócrates reguló la actividad de los médicos a través de su “juramento”, en el cual contempla algunos principios morales que todavía son aplicables hoy en día. Sin embargo, el mundo médico actual enfrenta el gran dilema de actuar en medio de dos éticas que muchas veces son contradictorias: La ética hipocrática, que intenta proteger al paciente y el mandato burocrático, que protege en esencia las finanzas del estado empresarial para poder, en teoría, brindar lo mejor de sus recursos a la sociedad en general, cubriendo así un mayor número de individuos en lo que se ha denominado la “racionalización de los recursos de salud” y aplicando el principio de equidad.

Cualquiera que sea el régimen, el médico debe poseer una serie de características esenciales: Amor por el enfermo, bondad con el ser humano, conocimiento científico y respeto por la persona.

Por lo tanto, habiendo superado las etapas históricas del médico como sacerdote, hechicero o mago, el médico no debe ser solamente un científico frío con una serie de conocimientos aplicables. También debe ser un funcionario social, un dirigente, un amigo de los enfermos que se preocupa por el mejoramiento de personas y conglomerados humanos.

La Ética Médica orienta en forma general la actividad médica. Veamos algunos aspectos de tipo regulatorio en los principios de la Asociación Médica Americana:

- Suministrar el servicio médico con piedad y respeto por la persona humana.
- Tratar honestamente a pacientes y colegas
- Denunciar a los médicos deshonestos
- Respetar la ley
- Salvaguardar las confidencias del paciente
- Avanzar en el conocimiento científico en forma permanente

El médico, pues, deberá conocer en forma integral a su paciente, esforzándose por sentir empatía con el mismo, sin importar qué tan difícil sea su personalidad ni qué tan impactante sea su enfermedad. Debe ser un maestro del enfermo, orientándolo en lo que a conciencia debe hacerse y ayudándole a tomar las decisiones como si las tomara para si mismo. Pero, por sobre todo, deberá sentir una profunda compasión por el ser que sufre, agobiado por una enfermedad a veces sin remedio y ante la cual el médico siempre deberá ofrecer algún tipo de apoyo, especialmente cuando no existe la esperanza.

Las obligaciones y deberes de los médicos se basan en principios morales. La ética médica NO dicta decisiones. Ofrece enfoques sistemáticos de problemas morales. Sin embargo, el punto de separación entre la decisión que se tome por convicción ética y la que se toma por presión legal, económica, burocrática o social es muy tenue en el momento.

El médico no puede darse el lujo de renunciar a sus principios en la forma en que está siendo obligado por el “concurso de éticas” que vive nuestra sociedad. El médico debe preservar la dignidad y la ética de la profesión, que fundamentan su autonomía, a pesar del acoso de los nuevos dioses de la sociedad actual.

El médico competente no anuncia su competencia: la demuestra. El médico humanitario no anuncia su compasión: la practica.

La moralidad de los actos humanos depende de tres cosas: El objeto elegido, o dirección hacia lo cual tiende la voluntad; la intención o fin, en la que actúa la voluntad; y la razón y las circunstancias de la acción. Para que un acto sea moralmente bueno, deben ser buenos los tres elementos. Por lo tanto, juzgar los actos humanos solamente con base en su intención, es erróneo. El fin no justifica los medios. No es permitido hacer el mal para conseguir un bien.

Moral y Etica son diferentes. La primera (moral) estudia el acto humano individual particular en su entorno y circunstancias concretas. La segunda (Etica) es más amplia, pues es ni más ni menos que el estudio de la moral. Plantea cual es el valor de bondad de las conductas mismas, de lo que es correcto o incorrecto. Es entonces la filosofía de la moral y por lo tanto busca causas universales que logren adaptar los actos humanos al bien universal. Se ha definido además como “ciencia del comportamiento”, pues parte del análisis histórico y social de hechos morales concretos, tratando de llegar a principios universales en forma objetiva, sistematizando el conocimiento y volviendo verificables estos principios. Es pues, la disciplina que juzga, que entre otras cosas, se encarga de valorar a los actos humanos como buenos o malos, entendiendo como acto humano el que procede de la voluntad del hombre.

Dentro de la conducta humana hay acciones que deben normatizarse, con el objeto de evitar que el instinto dirija a la razón. Desde este punto de vista, los actos se llevarán a cabo por convicción propia (nacida de la educación social), por normatización externa y como resultado de una visión general del universo.

Existe consenso en torno a los pilares sobre los que se desarrolla la ética médica en la actualidad, porque sus características de universalidad, sobrepasan los eventuales límites que las diferencias morales, sociales o religiosas entre los distintos grupos humanos podrían señalar. Estos principios, denominados por el filósofo inglés W.D. Ross como “prima facie” son: el respeto por la autonomía, la beneficencia, la no maleficencia y la justicia. Hace ya varios años se

realizó el planteamiento de estos principios, apoyado por diferentes escuelas éticas, y la prueba del tiempo no ha mostrado la necesidad de incluir otros como “fundamentales” para la solución de los problemas éticos médicos o de modificar la aproximación basada en el enfoque que hemos mencionado.

El método ha sido objeto de naturales críticas, que sin embargo no han llegado a inestabilizar el constructor ético que sobre él se ha levantado¹⁰.

El Principio de Beneficencia se halla estrechamente ligado a la profesión médica desde los inicios de su ejercicio científico en el siglo V a. C. En el Juramento Hipocrático se establece: “Prescribiré a los enfermos el régimen de vida y tratamiento que los beneficie, según mis conocimientos y mi criterio, y me abstendré de causarles daño o perjuicio”.

En esta sentencia hipocrática se evidencian dos principios fundamentales de la ética: el de no maleficencia y el de beneficencia: el primero en “me abstendré de causarles daño o perjuicio”, resumido en el mucho más conocido “Primum non nocere”, de obvio carácter obligatorio, y el segundo en “prescribiré a los enfermos el régimen de vida y tratamiento que los beneficie”. En pocas palabras el principio de beneficencia consiste en buscar el bien. En la naturaleza de la relación médico-paciente se impone el deber de actuar para el beneficio del enfermo, es decir el deber de la beneficencia es inherente al papel del médico. Un médico que no está actuando por el beneficio del paciente, no está actuando como tal.

Uno de los problemas éticos más conflictivos es la decisión de limitar el libre ejercicio de la voluntad de un paciente, sometiéndolo a restricciones por decisión del médico o de una instancia legal, que se oponen a su albedrío, lesionando así un aspecto fundamental del

10 MOVILIDAD DE PRINCIPIOS Guzmán F, Franco F. Derecho Médico Colombiano. Tomo I. Responsabilidad Civil Médica. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín. 2004.

carácter actual de la relación médico-paciente, como es el profundo respeto por la autonomía del mismo¹¹.

Dadas las condiciones legales actuales, no solo de nuestro país sino de muchas otras naciones, así como nuestras convicciones personales acerca del ejercicio médico, estamos convencidos del papel fundamental que el ejercicio de la autonomía del paciente tiene en el acto médico, elevándolo de la condición que hasta no hace mucho tiempo se le daba de “paciente”, como si la palabra derivara de su “pasivo” rol, a la de “persona enferma”, en la que no se le menosprecia su integral condición de “persona” por la razón de estar “enferma”. No obstante, así mismo, vemos clara la necesidad de adoptar el principio de beneficencia, en busca del bien del paciente o por solidaridad con una determinada comunidad, cuando bajo ciertas condiciones el individuo no puede ejercer dicha autonomía a la que tiene pleno derecho.

El Principio de Autonomía consiste en que a los individuos racionales debe permitírseles su autodeterminación, es decir se actúa autónomamente cuando las acciones son el resultado de las decisiones propias, de la voluntad del individuo. “Todos los seres sensibles apetecen, pero sólo las personas apetecen racionalmente, por tanto, la voluntad no es otra cosa, que el apetito racional, donde radica, precisamente, la libertad, la cual significa la facultad de obrar con conciencia de las finalidades”. Según Aristóteles el alma racional tiene tres facultades: entendimiento, memoria y facultad; de tal manera que la voluntad aspira a aquello que el entendimiento le muestra. Quien esencialmente carece de entendimiento no tiene voluntad, pues no puede captar intelectualmente las finalidades.

A la luz de los conceptos actuales, ampliando los conceptos aristotélicos, para poder ejercer la autonomía se requieren algunas condiciones “sine qua non”: capacidad, posesión del derecho, libertad e información adecuada.

11 Guzmán F. Medicina y Neoliberalismo. En: Guzmán F, Redondo H. La Reforma de la Salud y la Seguridad Social en Colombia. Díké. Medellín. 1999

La capacidad hace referencia al pleno uso de las facultades intelectuales y el criterio suficiente para juzgar los riesgos y alternativas, es el entendimiento aristotélico. La posesión del derecho es la titularidad del derecho, bien o interés sobre el cual el sujeto consiente el acto médico.

La libertad es la posibilidad del ser de tomar por si mismo (es decir, sin ser precedentemente determinado de manera unívoca por nada) una dirección frente a valores limitados conocidos, para elegir o no elegir. La información adecuada es el conocimiento de las alternativas de tratamiento, de los beneficios esperados y las posibles complicaciones que los procedimientos puedan generar sobre el paciente¹².

Hemos dicho que en la naturaleza de la relación médico-paciente se impone el deber de actuar para el beneficio del enfermo. La pregunta que nos debemos entonces plantear es ¿quién ha de decidir qué es benéfico para el enfermo?

Mientras los médicos piensen que por haber dedicado parte de su vida al estudio de las condiciones de salud y enfermedad de los individuos son poseedores del derecho de decisión absoluto sobre lo que es bueno o malo, no cabe duda que la respuesta será: el médico. No obstante, es claro que la respuesta surge de la falsa premisa de la “posesión del conocimiento absoluto”, hecho evidentemente ficticio al que hay que agregar la total ausencia de la participación del objeto de la decisión (el enfermo), por lo que conduce a una respuesta naturalmente errada. Este tan frecuentemente cometido desatino constituye el extremo conocido como paternalismo.

El paternalismo en términos generales consiste en actuar en forma tal, que se cree que se está protegiendo o resguardando el interés de

¹² Si atendemos de manera honesta a las definiciones que hemos dado de beneficencia y autonomía, encontramos en dichas descripciones, no sólo la esencia de lo que ellas constituyen, sino a la vez unos límites claros que permiten establecer certeramente lo que no son. En múltiples ocasiones el desconocimiento de estos límites conduce a actuaciones que pretenden ampararse en el respeto por la autonomía, siendo en realidad negligencia, o en la beneficencia tratándose en realidad de paternalismo.

un individuo, aunque el obrar de esta manera vaya en contra de su voluntad inmediata o de su libertad de escoger. Es en esta circunstancia en que una mala comprendida “beneficencia” lesionaría el derecho de autonomía. (Esto realmente no es beneficencia).

Por otra parte, al no reconocer la incapacidad del individuo (ausencia de capacidad, libertad, posesión del derecho o información adecuada) para ejercer su autonomía y permitirle deliberar sin que pueda hacerlo, incurrimos en una falta por omisión, que denominamos negligencia. La negligencia es el descuido u omisión respecto a la conducta que se debe observar, y es una de las causales de culpa, que según la doctrina jurídica se presenta cuando “el agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar...”

En la situación descrita, una mal comprendida “autonomía”, lesionaría el principio de beneficencia, pero es obvio aquí, como lo fue en el extremo opuesto, que si no se dan las condiciones para el ejercicio de la autonomía -capacidad, libertad, posesión del derecho o información adecuada- no es autonomía lo que se practica y por lo tanto no se le pueden atribuir a ella los deletéreos efectos producidos.

A partir del origen de la relación médico paciente en algunos casos el paciente no podrá practicar su autonomía, pues la decisión respecto a ésta no ha surgido de una decisión voluntaria, sino de manera espontánea del médico en caso de emergencia o por solicitud de terceros. En estos eventos el médico emprende su labor dirigido por el principio de beneficencia que estrechamente ligado al acto médico hace parte de su esencia.

Dos circunstancias adicionales han de ser consideradas: 1. Aquellas condiciones en las que se determina que el paciente no pueda ejercer su autonomía y 2. La condición en la cual el paciente desea transferir parte de su autonomía al médico porque confía que actuará de la mejor manera. Siempre que sea posible el paciente debe tener el derecho de decidir autónomamente sobre lo que le conviene, es obligación

del médico de manera sincera y desinteresada orientarlo e informarle sobre las posibles opciones.

En este tipo de relación no hay contraposición beneficencia-autonomía pues se cuenta con el paciente para decidir lo mejor (lo que lo beneficie)¹³.

Hemos ya descrito desde las definiciones las condiciones que limitan la autonomía y sólo bastaría agregar la enorme importancia de la información en este proceso. La información que se presente al paciente debe ser verdadera, clara, completa y discutida con él mismo. Es un derecho esencial del paciente para poner en ejercicio su libertad a la vez que se constituye en deber del médico¹⁴.

Se insiste en la necesidad de la existencia de un documento en donde expresamente se consienta la práctica del acto médico. Los médicos han prestado particular atención a los procedimientos invasivos, olvidando que cualquier tratamiento puede presentar riesgos y efectos secundarios que deben ser conocidos por el enfermo y expresamente aceptados en forma documental (en casos de emergencia el documento puede obviarse por estar en peligro la vida del paciente, dejando una clara nota a este respecto en la historia clínica)¹⁵

CONCLUSION

1. El ejercicio médico se fundamenta hoy en los pilares éticos de Autonomía, no Maleficencia, Beneficencia y Justicia.
2. El análisis cuidadoso y el conocimiento real de los principios de Beneficencia y Autonomía permiten determinar que entre ellos no

13 Franco E, Guzmán F, Morales MC. Derecho y Medicina: Puntos de contacto. Rev Col Resp Medicolegal 1998; 4(2): 7-12.

14 Guzmán F, Mendoza J. Aspectos básicos de la ética en el ejercicio médico de urgencias. En: Peña G, Guzmán F. Trauma: Temas Básicos. Federación Médica Colombiana. Bogotá, 1999.

15 COERCIBILIDAD DE LA ETICA Guzmán F, Franco E. Derecho Médico Colombiano. Tomo I. Responsabilidad Civil Médica. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín. 2004.

hay oposición, pues ninguno mira objeto distinto que el bien del paciente.

3. Cuado los deberes éticos primarios entran en conflicto entre si, un deber ha de ceder ante el otro, lo cual exige necesariamente la ponderación de las circunstancias y las consecuencias¹⁶.
4. La oposición surge cuando se desvirtúa la Beneficencia en un Paternalismo injustificado lesionando la Autonomía, o la Autonomía en Negligencia atentando contra el beneficio.

COERCIBILIDAD MORAL

Si la obligatoriedad de las normas morales fuera un hecho acatado en nuestra sociedad, sin duda tendríamos un mundo mucho mejor del que actualmente todos sufrimos. No existiría sino la íntima convicción de hacer aquello que sea bueno y no se dañaría a nadie. Sin embargo, la ausencia de algo que convierta la buena intención de la norma moral en algo que necesariamente debe cumplirse, es lo que llevó a la creación del Derecho, es decir, de aquel conjunto de normas que regulan la vida en sociedad.¹⁷

Moral y Derecho han sido temas que tradicionalmente se han imbricado. Las diferencias esenciales entre los dictados morales y jurídicos vienen desde hace mucho tiempo. Aunque el Derecho y la Moral tienen varias cosas en común, partiendo de que ambas pertenecen a la categoría del deber ser, no son iguales ni se confunden en sus campos. Si bien es cierto que el Derecho acepta que el respeto a la moral es parte del Bien Común, y trata de crear un clima propicio para el ejercicio de actos moralmente buenos, sus campos son diversos¹⁸.

16 W. David Ross. Lo correcto y lo bueno. Salamanca, sígueme 1994. pp 56-7.

17 Guzmán F, Mendoza J. Reflexiones sobre Etica Medica. El Nuevo Siglo. 1994; Sept 17: 11B-12B.

18 Guzmán, F, Mendoza, J. CONSIDERACIONES ESPECIALES SOBRE ETICA MEDICA. Rev Col Mayor Ntra Sra del Rosario 1994; 563: 73-90.

Aunque se podría pasar revista a la historia desde Sumeria, existen tres grandes posiciones en la historia.

1. Grecia. Las nociones de Moral y Derecho se confundían. Formaban un solo todo, en cuanto que tanto la una como la otra tenían un marcado carácter religioso. Eran dos vertientes que se desprendían de los conceptos clásicos y ortodoxos de la religión. No había un deslinde claro entre ambas nociones y eran por lo tanto prácticamente sinónimos. Se significaban las grandes instituciones religiosas de la época.
2. Roma. Aunque el Derecho Romano ha perdido vigencia debido a las teorías germánicas, debe recordarse que también se confundía la noción de Moral y Derecho, más que todo en su dinámica y en el desarrollo mismo de los conceptos, así como de los campos que abarcan. La confusión se originó en cuanto a su principal resultado, haciéndose una amalgama entre el pecado y el delito. La primera, noción de tipo religioso y el segundo, de origen esencialmente estatal y punitivo. Hasta el punto que los delitos se consagraban por la misma ley positiva en la medida en que atacaban los fundamentos morales y religiosos de la sociedad romana. Era muy difícil encontrar un hecho que fuera delito y que al mismo tiempo no fuese pecado.
3. Tomás Hobbes. Comienza a vislumbrar la diferencia entre una y otra noción, al establecer que todo lo que concierne a la moral hace parte de la conciencia del ser humano. En cambio lo jurídico, el derecho, pertenece a la esfera del fuero externo del ser humano. Ahí comienza a deslindarse entre lo puramente moral, o asuntos de conciencia y lo jurídico, que es aparte de la conciencia y que constituye parte del fuero externo de la persona y que se reglamente por el Estado.
4. Emmanuel Kant. Esta tesis abre el camino a la filosofía kantiana, que hizo el deslinde perfecto entre lo que es la moral y el derecho, a través de la construcción de los imperativos categóricos, que

son aquellos postulados según los cuales todo ser humano debe reglamentar su conducta o su comportamiento. Kant distingue entre lo que es legal y lo que es justo, enunciando un gran imperativo categórico cuyo eco resuena en el mundo actual: “Compórtate de tal manera que tu conducta pueda hacerse y establecerse como una norma universal”. Como corolario estableció Kant que no todo lo legal es justo, ni todo lo justo es legal. Al tiempo, no todas las cosas justas son necesariamente legales. La injusticia se puede superponer a la legalidad. De aquí pueden sacarse dos consecuencias que en el fondo constituyen las dos grandes diferencias que existen en el campo de la modernidad entre la moral y el derecho:

AUTONOMIA DE LA NORMA

La moral es autónoma. Es completamente unilateral. Es independiente. Subsiste por sí misma. Obedece a un principio autónomo, es decir, dictado y aceptado por la propia conciencia, poniendo en juego razón, voluntad y libertad. El autor de la norma es el mismo que la cumple. Por el contrario, el Derecho se basa en principios de heteronomía, pues la norma la dicta el legislador sin tener en cuenta la voluntad de los asociados. Este concepto kantiano no es aceptado por todo el mundo.

En su autonomía pueden presentarse tres posiciones: Una moral objetiva, una subjetiva y otra total amoralidad. La objetiva parte del supuesto según el cual existen unas reglas de conducta inmodificables a las cuales debe adecuarse toda conducta humana. Por ejemplo la moral cristiana (tiene una tabla específica).

La mayoría de las morales son objetivas y por lo tanto se establece un maniqueísmo según el cual, las personas que se atienen, más estrechamente a las normas, son tildadas de morales. En cambio, aquellas que no las observen son calificadas de inmorales. Estas reglas son fijas y han evolucionado muy poco a través de la historia y dividen a las personas entre buenas o malas, de acuerdo con su conducta. No

puede saberse de donde salieron estas normas, pues fueron impuestas con criterios relativos de la consideración de lo que es el bien y el mal, partiendo de divinidades inexistentes.

La moral subjetiva plantea el desconocimiento de las reglas objetivas de moral. Por el contrario, es cada ser humano el que se dicta sus propias formas de comportamiento. Por lo tanto, no existen personas morales o inmorales. Cada quien actúa de acuerdo a sus propias reglas morales y establece sus propias rutas de vuelo de modalidad y a ellas se ajustan en la medida en que coincidan con su criterio. Sus seguidores afirman que la moral no puede ser impuesta por nadie. Por lo tanto, puede ser cambiante o mutable.

La amoralidad desconoce olímpicamente todas las reglas de conducta de moral, sean objetivas o subjetivas. En el campo de la amoralidad, la moral como institución y como ente metafísico, no tiene existencia. Constituye entonces una apatía hacia las reglas de moralidad. Una persona amoral desconoce toda regla moral. Esto no significa que sea mala. Simplemente sus patrones de comportamiento son diferentes, con prescindencia total de todo lo que tenga aroma a moral. Plantean que hay otras reglas o normas a donde la persona puede acudir para calificar sus conductas. Es completamente diferente a la Inmoralidad, la cual quebranta a propósito las reglas morales o va en contra de ellas. Es un enfrentamiento a las normas morales.

El Derecho, en cambio, es heterónomo. Es decir que implica toda una serie de construcciones de carácter científico e interpretativo según las cuales tiene que necesariamente establecerse unas correlaciones entre ellas, para que puedan subsistir.

De otra manera expresado, el Derecho es bilateral. Para existir requiere necesariamente de un medio social y obviamente toda norma jurídica implica la presencia mínima de dos seres humanos.

El Derecho para subsistir requiere necesariamente de un contrato social por medio del cual se establece un hecho determinado como delito. El Derecho no se puede concebir aislado de su contexto social.

Se encuentra enclavado e involucrado en todos los desarrollos sociales y económicos. Por lo tanto no acude a la conciencia, pues siempre coloca al hombre con su semejantes, con el Estado, con la naturaleza, etc., pero siempre relacionado con algo o alguien.

OBLIGATORIEDAD

El precepto jurídico y la norma moral se diferencian en el aspecto de la obligatoriedad. Mientras en la acción moral no existen sujetos que exijan el cumplimiento del deber ético, siendo el garante de la acción la propia conciencia. La norma legal, en cambio, impone deberes que pueden ser vigilados por terceros, quienes pueden reclamar el cumplimiento de lo prescrito. Es decir, el Derecho es susceptible de coactividad, o sea el hecho de obligar a cumplir la norma, aún en contra de la voluntad del obligado (diferente a coacción que es el empleo ilegal de la fuerza). El sujeto a quien obliga la norma jurídica recibe la denominación de pasivo. A quien exige el cumplimiento de la norma se le llama activo.

El Derecho, en sentido subjetivo, es la posibilidad de hacer o no hacer algo, de manera lícita. Y es subjetivo porque se constituye en posibilidad de hacer o no hacer, de acuerdo con la voluntad de los sujetos.

La moral no es coercible. En cambio el Derecho si es coactivo. A una persona que cumple o incumple una regla de moral no le pasa nada por fuera de su propia conciencia¹⁹.

La moral pública es un concepto etéreo. Se puede hablar de ella en cuanto se encuentre debidamente tipificada y reglamentada por el Derecho. Incluso las violaciones menores a las buenas costumbres, se encuentran más o menos reguladas por la ley.

19 Guzmán F, Mendoza J. Aspectos básicos de ética en el ejercicio médico de urgencias. En: Peña G, Guzmán F. Trauma: Temas Básicos. Federación Médica Colombiana. Bogotá, 1999.

El Derecho, contrariamente a la moral, es coercible. Independientemente de su creencia o no en las normas jurídicas, la persona tendrá que pagar o atenerse a los ritos establecidos por el derecho. La persona que establece una relación comercial y la incumple, es motivo de coactividad jurídica.

En el campo del Derecho Penal, cuando se ingresa en una conducta tipificada como delito, independientemente de su criterio o voluntad, la persona entra en un proceso que termina en una sentencia.

LA INTENCION DEL ACTO

Para la moral lo importante es la intención del acto humano, obviamente ajustado a las normas de licitud, sin tener en cuenta sus resultados objetivos exclusivamente. Así, una acción bien intencionada puede tener cuatro resultados: Uno bueno, coincidente con la norma legal, cuya estructura es perfecta. Otro, igualmente bien intencionado, pero con resultado adverso, cuya estructura moral es buena a pesar de las malas consecuencias. El tercero no bien intencionado moralmente, pero con un buen resultado externo, el cual es criticable desde el punto de vista puramente ético. Y el último, malo en su intención y en sus resultados, que sería el peor de todos.

Para el Derecho lo importante es el resultado objetivo, aunque con frecuencia se juzga la intención que llevó al acto mismo. Los cuatro actos anteriores serían entonces: Bien intencionado con buen resultado, en cuyo caso nada se puede reclamar. Bien intencionado pero con resultado adverso, el cual es susceptible de reclamo por la consecuencia adversa. Mal intencionado pero con resultado bueno, en cuyo caso el Derecho guarda silencio. Y mal intencionado con resultado igualmente malo, el cual es rápidamente condenable.

En resumen, el Derecho mira la dimensión objetiva de la conducta y la realización de valores colectivos que buscan el Bien Común, mientras la Moral aprecia la dimensión subjetiva del acto, persiguiendo valores personales.

LAS NORMAS DE TRATO SOCIAL

Estas constituyen una especie de norma tácita relativa a las buenas costumbres. Algunas de dichas normas son la decencia, la cortesía, la urbanidad, las convenciones del buen lenguaje, etc. Son intermedias. Cuando se falta a ellas son motivo de sanción social. Son reglas de decencia²⁰.

Las buenas costumbres, por su parte, son códigos de honor que se originaron en el derecho comercial marítimo. Es el respeto a la palabra dada, así el texto del contrato haya quedado oscuro, se va al espíritu del mismo y no solamente a la formalidad.

De acuerdo con Noguera, ellas son verdaderas normas y, aunque no pueden ser juzgadas a la luz de los criterios de la Moral y el derecho, la sociedad exige una forma especial de cumplimiento de las mismas con el objeto de hacer la convivencia más agradable. De otro lado, aunque su incumplimiento carezca de sanción legal, acarrea una sanción de tipo social.

LOS CODIGOS DE MORAL SE TRANSFORMAN EN LEYES

Uno de los eventos más curiosos de la sociedad actual es la materialización de la moral al transformarla en norma, la cual debe ser vigilada y aplicada por los propios pares, constituídos en representantes de la profesión a la que pertenecen e investidos de la dignidad de la magistratura la cual, aunque no pertenece exactamente a la Justicia ordinaria como tal, sí desempeña funciones similares. Y estas funciones se consagran en la misma Carta política del país.

Cuando los magistrados de los tribunales de ética reciben una queja lo hacen como representantes de la comunidad a la cual pertenecen y, una vez recibida, siguen con las normas constitucionales que garantizan los dos derechos más importantes en materia disciplinaria y penal: El debido proceso y el derecho a la defensa.

20 Guzmán F. Fundamentos intelectuales de la ética. Carta Quirúrgica 2002. 18:14–15

Y la sociedad les ha conferido tal responsabilidad a quienes desempeñan la función de vigilantes de la conducta de sus colegas, que hasta pueden castigar con suspensión a quienes transgreden los límites de la buena conducta. Suspensión que puede llegar hasta el término de cinco años en el ejercicio de la medicina²¹.

Esto sin exceptuar la obligatoriedad de remitir a la justicia penal aquellos casos en los cuales se confirma una violación a derechos consagrados en el Código Penal, caso en el cual deben compulsar copias a la justicia ordinaria para que obre en consecuencia²².

Con frecuencia, las decisiones de los tribunales son más severas que las de la misma Justicia Penal. Incluso cuando la última absuelve a determinados profesionales por no haberse podido comprobar la comisión de un delito, los tribunales de ética médica condenan al confirmar que sí se transgredió la norma moral tipificada en la respectiva Ley.

Quizá, para terminar, una reflexión que trae, a modo de conclusión, la presentación del libro “Bioética en Europa y Derechos de la Persona”, de la Universidad de Salamanca (2010)²³ que nos fue distribuido a los Magistrados por nuestro asesor jurídico y magno pensador en estos temas, el Dr. Edgar Saavedra Rojas:

Varios siglos antes de Cristo, Hipócrates había jurado que su saber estaría siempre del lado de la vida y nunca por la muerte. ¿Es signo de progreso y de civilización haber olvidado este juramento? Es este, quizás, el camino que proponen algunos científicos para lograr algún descubrimiento que les signifique un premio. El fin no justifica los

21 COERCIBILIDAD DE LA ETICA Guzmán F, Franco F. Derecho Médico Colombiano. Tomo I. Responsabilidad Civil Médica. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín. 2004.

22 MOVILIDAD DE PRINCIPIOS Guzmán F, Franco F. Derecho Médico Colombiano. Tomo I. Responsabilidad Civil Médica. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín. 2004.

23 José-Román Flecha Andrés: Bioética en Europa y Derechos de la Persona. Publicaciones Univ. Pontificia de Salamanca-Instituto Superior de Estudios Europeos y Derechos Humanos- Imp. Kadmos, Salamanca, 2010.

medios. También este principio pertenece a aquella esfera de intuición básica que todos conservamos en una sociedad pluralista, laica y verdaderamente empeñada en lograr un progreso auténtico para todos y no una fragmentación todavía mayor entre ricos y pobres, opulentos y depauperados, entre quien se puede permitir comprar órganos y quien, en cambio, vive de limosnas.

Los problemas de la bioética seguirán vigentes porque el progreso de la ciencia no se puede detener, y debe ser así, como también la conquista tecnológica será cada vez más extensa y más determinante de la vida de los individuos y de las sociedades. Si el conocimiento científico aumenta y la tecnología se vuelve cada vez más refinada, es evidente que los interrogantes de la razón humana se multiplicarán para verificar si el camino hacia la felicidad deseada y anhelada es realmente factible y alcanzable.

La exigencia ética será todavía más urgente en este contexto, porque la vida de la persona no se puede reducir a materia ni puede ser relegada a un limbo carente de pasión por la búsqueda de la verdad; deberá seguir siendo capaz de alcanzar la respuesta definitiva a la pregunta por el sentido de la propia vida.

ABANDONO DE LA SALA DE CIRUGÍA

Bogotá, diciembre catorce (14) del año dos mil diez (2010).

SALA PLENA SESION No.1070 DEL CATORCE (14) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL DIEZ (2010)

REF: Proceso No. 802 del Tribunal de Etica Médica de Risaralda.

Contra: Dr. Jaime Eduardo Vallejo Flórez.

Denunciante: Dr. Ángel Merchán Ortega.

Magistrado ponente Efraím Otero Ruíz.

Providencia No.113 -2010

VISTOS:

Mediante fallo de octubre 29 de 2010 el Tribunal de Etica Médica de Risaralda, Quindío y Chocó decidió no reponer y conceder la apelación por el fallo de fondo del 28 de septiembre de 2010 mediante el cual sancionó al anestesiólogo Dr. Jaime Eduardo Vallejo Flórez con censura escrita y pública por infracciones a la ética médica durante su atención el 1 de julio de 2009 en el Hospital Santa Mónica de Dosquebradas a la señora Claudia Lorena Morales, sometida a operación cesárea con buenos resultados y sin complicaciones. La demanda ante el Tribunal seccional fue enviada por el Gerente del Hospital Santa Mónica por queja presentada por el Coordinador y el Auditor Médico del mismo. La apelación, de octubre 29 de 2010 fue enviada al Tribunal Nacional de Etica Médica donde fue recibida el 2 de noviembre. Puesto el expediente para reparto en Sala Plena del 9 de noviembre correspondió por sorteo al Magistrado Efraím Otero Ruíz.

Cumplidos los términos legales, se procede a decidir de acuerdo con los siguientes

HECHOS:

De acuerdo con la historia clínica, la ratificación juramentada de la queja y las conclusiones del Magistrado ponente, en julio 1 de 2009 la sra. Claudia Lorena Morales fue sometida a operación cesárea por desproporción céfalo pélvica, bajo anestesia raquídea administrada por el Dr. Jaime Eduardo Vallejo. La intervención discurrió sin complicaciones. Cuando el cirujano se disponía a cerrar el abdomen por planos, el Dr. Vallejo se retiró de la sala por espacio de 10 minutos, alegando diligencias de orden familiar. Al regresar a la sala, en traje de calle, el cirujano ya se disponía a cerrar la piel de la paciente. Esa ausencia fue puesta en conocimiento del coordinador y el auditor médicos, quienes tramitaron la queja respectiva. Analizadas las pruebas el Tribunal seccional rechazó los descargos y sancionó al Dr. Vallejo con censura escrita y pública por violación al artículo 15 de la Ley de Ética Médica: “El médico no expone a su paciente a riesgos injustificados...”.

Al expediente, en el cuaderno de 131 folios, se adjuntan los siguientes documentos aducidos como pruebas :

1. Queja enviada por el Dr. Ángel M. Merchán, Gerente (E.) del Hospital Santa Mónica de Dosquebradas (folio 1) adjuntando la queja formulada por los Dres. Jhon Cortés Maldonado (Coordinador Médico) y David Ricardo Cardona (Auditor Médico) (folio 2) sobre los hechos sucedidos el 1 de julio de 2009.
2. Ratificación juramentada de la queja del Dr. Jhon Cortés M. rendida el 26 de agosto de 2009 ante el Tribunal seccional de Ética Médica (folios 12 y 13).
3. Fotocopia de la historia clínica del Hospital Santa Mónica de Dosquebradas correspondiente a la señora Claudia Lorena Morales Ramos en que consta la intervención cesárea a que fue sometida con óptimos resultados el 1 de julio de 2009 (Folios 14 a 38).

4. Declaración juramentada rendida ante el Tribunal seccional el 7 de octubre de 2009 por el Dr. José Alexander Moya, gineco-obstetra del Hospital Santa Mónica, en que relata la intervención cesárea con ligadura tubaria practicada a la sra. Claudia Lorena Morales el 1 de julio de 2009. Allí confirma que el anestesiólogo Dr. Vallejo se ausentó por un tiempo muy corto, máximo de 10 minutos cuando se realizaba el cierre de músculos abdominales y que regresó cuando ya terminaba la operación y ayudó a pasarla a la sala de recuperación, sin complicaciones (folio 46 anv. y rev.).
5. Declaración juramentada rendida ante el Tribunal seccional el 18 de noviembre de 2009 por el Dr. Juan Guillermo Bernal Aragón, quien actuó como ayudante en la cesárea mencionada en que confirma la breve ausencia del anestesiólogo Dr. Vallejo y cómo durante ese tiempo vino la enfermera jefe a preguntar por el Dr. Vallejo e informar que el Auditor lo estaba buscando y quería confirmar si se encontraba en el quirófano (folio 47 anv. y rev.). También añade que cuando el anestesiólogo se ausentó ya había pasado el mayor riesgo quirúrgico con la obtención de un feto saludable y el inicio del cierre por planos de la herida quirúrgica.
6. Declaración juramentada rendida ante el Tribunal seccional el 14 de octubre de 2009 por el anestesiólogo Dr. Jaime Eduardo Vallejo Florez en que afirma que se ausentó de la sala, no del Hospital, para firmar un documento urgente y entregar unos papeles a su esposa. (folio 49 anv. y rev.)
7. Declaración juramentada rendida el 11 de noviembre de 2009 ante el Tribunal seccional por la sra. Carolina Giraldo Saldarriaga, Enfermera Recuperadora del Área de Cirugía del Hospital Santa Mónica, en que relata cómo, hallándose el 1 de julio en el servicio de recuperación, fue llamada por el Auditor Dr. David Ricardo preguntando por el anestesiólogo Dr. Vallejo. Al no poder dar razón de el Dr. Ricardo obtuvo su teléfono celular de parte de la Secretaria de Cirugía. Más adelante agrega que vio regresar vestido de calle al Dr. Vallejo y le manifestó su inconformidad

y al no obtener una respuesta satisfactoria le informó al Gerente. Agregó que en ninguna ocasión anterior había visto al Dr. Vallejo ausentarse del quirófano (Folio 52 anv. y rev.).

8. Declaración juramentada rendida el 18 de noviembre de 2009 por el Dr. David Ricardo Cardona, Auditor Médico del Hospital Santa Mónica, informando que el día de los hechos fue a buscar al Dr. Vallejo para aclarar algunos asuntos referentes a sus actividades en la institución ; al no encontrarlo en el quirófano decidió llamar al Coordinador Médico para que conociera el hecho y de acuerdo con él decidieron enviar la queja al Sr. Gerente. (Folio 55 anv. y rev.)
9. Informe de conclusiones rendido el 27 de abril de 2010 por el Magistrado instructor Dr. Fabio Salazar Jaramillo (folios 56 a 59), mediante el cual se decidió abrir pliego de cargos contra el Dr. Jaime Eduardo Vallejo F. el 11 de mayo de 2010 por violación al artículo 15 de la Ley 23 de 1981 (folios 62 a 65).
10. Declaración juramentada rendida el 18 de agosto de 2010 ante el Tribunal seccional por el Dr. Jhon Jairo Gómez Montoya, anestesiólogo, para que en su calidad de especialista respondiera algunas preguntas referentes al caso. Al ser interrogado sobre las posibles complicaciones de una anestesia raquídea respondió que pueden presentarse hipotensión, bradicardia y ansiedad del paciente. Agregó que la Sociedad Colombiana de Anestesiología no autoriza a la circulante de anestesia a reemplazar al anestesiólogo en caso de ausencia, aunque sí la autoriza a resolver situaciones de baja complejidad. Interrogado por la abogada del Dr. Vallejo sobre cual sería el índice de complicaciones al momento del cierre de las fascias abdominales, respondió : “El mayor índice de complicaciones en la operación cesárea es hasta que el cirujano cierra el útero, después de ahí el índice de complicaciones anestésico-quirúrgicas es muy bajo. Cuando se le puso de presente el record de anestesia confirmó que, efectivamente, no se habían presentado complicaciones (Folio 103 anv. y rev.).

11. Declaración juramentada rendida el 11 de agosto de 2010 ante el Tribunal seccional por el anestesiólogo Dr. Isnardo Ardila Otero para resolver algunas preguntas sobre la especialidad similares a las planteadas en la declaración anterior (Folios 104 y 105)
12. Diligencia de descargos rendida por el Dr. Jaime Eduardo Vallejo F. ante el Tribunal seccional el 13 de julio de 2010. Dichos descargos no fueron aceptados, concluyéndose que 1. El Dr. Vallejo se retiró de la sala de cirugía sin haber terminado el acto médico anestésico. 2. Se retiró momentáneamente por un lapso muy corto para atender una urgencia de carácter familiar, cuando el procedimiento estaba finalizando. 3. "La urgencia de carácter familiar" no fue probada en el proceso y además no constituye causal de exoneración de la responsabilidad. 4. El anestesiólogo no puede delegar funciones al personal auxiliar inherentes a su ejercicio profesional.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS :

Con base en las consideraciones anteriores que condujeron a la apertura del pliego de cargos, el Tribunal seccional decidió sancionar al anestesiólogo Dr. Jaime Eduardo Vallejo F. con censura escrita y pública por violación al artículo 15 de la Ley 23 de 1981 ("el médico no expone a su paciente a riesgos injustificados.."), En sus consideraciones dicho Tribunal sostiene que 1. El anestesiólogo no puede retirarse en el período intraoperatorio sin una justificación de fuerza mayor, la cual brilla en este proceso por su ausencia. 2. El anestesiólogo no puede delegar funciones. 3. En cualquier acto anestésico existe riesgo de complicación. Añade además que, de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, "respecto a la actuación de los médicos debe ponderarse –más allá de de la denominación y la razón de su contenido y fines- ciertas reglas aceptadas por los colegios y organizaciones profesionales y, naturalmente, las normas jurídicas positivas que a ellas se vinculan para juzgar adecuadamente el comportamiento de quienes tuvieran a su cargo la atención de un paciente, ya que tales directivas constituyen criterios idóneos e imprescindibles para apreciar la diligencia debida y

la obligación, de superior rango axiológico, de obrar con prudencia y pleno conocimiento”.

Este Tribunal Nacional está de acuerdo en que queda establecida la culpabilidad del médico sancionado, por las razones anotadas. No encuentra válidos los argumentos de la defensa en el sentido de que no pudo comprobarse que hubiera existido una verdadera urgencia familiar que determinara la ausencia del anestesiólogo y que por tanto debería aplicarse la teoría del in dubio pro reo, que dice que toda duda debe resolverse a favor del procesado. Cree además el Tribunal Nacional que la sanción aplicada debe constituir una advertencia a los anestesiólogos para no abandonar sus pacientes, así sea brevemente, mientras no se haya completado a cabalidad el acto quirúrgico.

No es el propósito de este Tribunal determinar las obligaciones del anestesiólogo dentro del quirófano pues se supone que son bien conocidas por parte de estos especialistas. Lo que si se debe advertir es que no hay persona más indefensa que un ser humano bajo efectos de anestesia y la responsabilidad de su bienestar corresponde precisamente al anestesiólogo. Con esto se quiere significar que el anestesiólogo no puede abandonar a su paciente bajo efectos farmacológicos, no puede retirarse de la Sala, es responsable por toda la medicación que se administre dentro del quirófano y la negligencia que produzca su abandono al enfermo debe ser severamente castigada, pues se trata de una trasgresión ética de mera conducta.

Consideramos que la sanción impuesta al doctor Jaime Eduardo Vallejo Flórez, es demasiado benévola y que debe acabarse de una vez por todas con la detestable conducta de abandonar a los pacientes en pleno acto anestésico.

Bastan las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de las atribuciones que le confiere la Ley

RESUELVA :

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar, como en efecto confirma, el fallo del Tribunal de Ética Médica de Risaralda mediante el cual se sanciona con censura escrita y pública al Dr. Jaime Eduardo Vallejo Flores por violación al artículo 15 de la Ley 23 de 1981.

ARTÍCULO SEGUNDO: Devolver este expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

FDO. LUIS ALBERTO BLANCO RUBIO, Magistrado- Presidente;
EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado Ponente;
FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado
GERMAN PEÑA QUIÑONES; Magistrado,
JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado
EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico;
MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria

DECRETO PRUEBA PERICIAL

Bogotá, enero diecisiete (17) del año dos mil seis (2006).

SALA PLENA-SESION No. 855 DEL DIECISIETE (17) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL SEIS (2006).

REF: Proceso No. 842 Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia

Contra: la doctora : Mónica María Toro Arbeláez

Denunciante: Doris Yaneth Heno

Magistrado Ponente: Dr. Miguel Otero Cadena

Providencia No.01-2006

VISTOS:

Por decisión del 24 de octubre se negó por parte del Tribunal de Ética Médica de Antioquia, escuchar la declaración de un perito médico solicitado por el abogado doctor Harold Mauricio Hernández Beltrán defensor de la doctora Mónica María Toro Arbeláez.-

El abogado defensor doctor Hernández Beltrán solicito al tribunal seccional en oficio sin fecha pero recibido por ese despacho el 4 de noviembre de 2005 el recurso ordinario de Apelación y sustenta su solicitud en documento también sin fechar y recibido por el Tribunal Seccional de Antioquia el 16 de noviembre de 2005.

La Sala procede a resolver lo pertinente luego de los siguientes

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS:

El abogado defensor justificó así su petición de escuchar la declaración de un perito:

“Sírvanse citar a declarar en calidad de testigo técnico a la médico Anestesióloga Dra. NURY SOCHA, quien además puede localizarse en la Clínica Bolivariana, teléfono 4455900 extensiones 605 ó 606, así mismo en la Clínica LEON XIII, teléfono 5167300 extensiones 3470 ó 3384. Con el objeto que declare respecto a las diferencias entre analgesia y anestesia en el área de la obstetricia. En caso de no ser posible la comparecencia de la especialista mencionada, solicito se nos brinde la oportunidad de sugerir el nombre de algún otro especialista.”-

El Tribunal de Ética Medica de Antioquia en sesión de sala plena efectuada el día 24 de octubre de 2005 resolvió No decretar la declaración de la doctora Nury Socha por lo manifestado en la parte motiva de la resolución que en el folio 37 dice: “El TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA DE ANTIOQUIA, al estudiar la solicitud de pruebas del doctor HAROLD MAURICIO HERNÁNDEZ BELTRAN, considera que no se debe escuchar el testimonio técnico sobre la diferencia entre anestesia y analgesia obstétrica ya que tanto el Magistrado Instructor como los otros Magistrados que conforman el Tribunal, tienen claridad respecto de dicho tema, además existen pruebas dentro del proceso que indican claramente que a la señora DORIS YANETH HENAO se le colocó una analgesia epidural, tal como consta en la nota de las ordenes del médico del día 3 de abril de 2.004 a las 6:00 a.m. (Fl. 8 del cuaderno 2), por tanto, como no se aportan elementos probatorios nuevos, no se considera necesario practicar la declaración juramentada de la doctora NURY SOCHA o de otro especialista que testifique respecto de la diferencia entre analgesia y anestesia obstétrica.”

El abogado Harold Mauricio Hernández Beltrán en la sustentación del recurso de Apelación considera “que el argumento esgrimido por el Tribunal en cuanto tanto el Magistrado Instructor como los demás Magistrados tienen claridad respecto del tema, no es un argumento válido para privar a la defensa de un medio de prueba para intentar demostrar que en el caso específico dicho punto es relevante,” más adelante arguye : “ el Tribunal de Antioquia aduce, que los Magistrados que lo integran conocen muy bien el tema, sin embargo, la prueba

pedida es de un especialista en anestesiología, y con todo el respeto que me merecen los señores magistrados que por su vasta experiencia y conocimientos, no pueden despreciar y estimar que poseen los mismos conocimientos de un especialista en anestesiología y en particular sobre el tema de anestesia obstétrica, puesto que, ninguno de los magistrados que integran el Tribunal es especialista en anestesiología,”.

Hace referencia a la aplicabilidad de las normas y principios del Código de Procedimiento Penal a los procesos ético disciplinarios consagrados en la Ley 23 de 1981.

El Tribunal Nacional de Ética Médica considera:

El derecho de defensa es consagrado en los Estatutos Superiores, como uno de los fundamentales que integran el concepto del debido proceso constitucional y es así como aparece consagrado en el artículo 29 de la Carta al establecerse:

ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. ***QUIEN SEA SINDICADO TIENE DERECHO A LA DEFENSA Y A LA ASISTENCIA DE UN ABOGADO ESCOGIDO POR ÉL, O DE OFICIO, DURANTE LA INVESTIGACIÓN Y EL JUZGAMIENTO;*** a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; ***A PRESENTAR PRUEBAS Y A CONTROVERTIR LAS QUE SE ALLEGUEN EN SU CONTRA;*** a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

La misma preceptiva se consagra en las normatividades que integral el Bloque de Constitucionalidad y es así como en el Pacto Universal de Derechos Humanos, Ley 74 del 68 se establece:

ARTÍCULO 14.

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.
2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.
3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a). A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

- b). ***A DISPONER DEL TIEMPO Y DE LOS MEDIOS ADECUADOS PARA LA PREPARACIÓN DE SU DEFENSA Y A COMUNICARSE CON UN DEFENSOR DE SU ELECCIÓN;***
 - c). A ser juzgada sin dilaciones indebidas;
 - d). ***A HALLARSE PRESENTE EN EL PROCESO Y A DEFENDERSE*** personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
 - e). A INTERROGAR O HACER INTERROGAR A LOS TESTIGOS DE CARGO Y A OBTENER LA COMPARECENCIA DE LOS TESTIGOS DE DESCARGO y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
 - f). A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
 - g). A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.
- 4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.
 - 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.
 - 6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Igualmente la Convención Americana de Derechos Humanos, Ley 16 de 1972 dispone al respecto:

Art. 8o. Garantías judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a). Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b). Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c). ***CONCESIÓN AL INCULPADO DEL TIEMPO Y DE LOS MEDIOS ADECUADOS PARA LA PREPARACIÓN DE SU DEFENSA.***
- d). ***DERECHO DEL INCULPADO DE DEFENDERSE PERSONALMENTE O DE SER ASISTIDO POR UN DEFENSOR DE SU ELECCIÓN*** y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

- e). Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo al nombrara defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f). ***DERECHO DE LA DEFENSA DE INTERROGAR A LOS TESTIGOS PRESENTES EN EL TRIBUNAL Y DE OBTENER LA COMPARECENCIA, COMO TESTIGOS O PERITOS, DE OTRAS PERSONAS QUE PUEDAN ARROJAR LUZ SOBRE LOS HECHOS;***
 - g). Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h). Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
- 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
 - 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos.
 - 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Para poderse ejercer el derecho de defensa a plenitud, se hace necesario el libre ejercicio de los derechos de probar y de contradicción dentro del proceso penal, porque no debe olvidarse que dentro de las limitaciones y precariedades naturales de la justicia de los hombres, al ciudadano se le reconocen los derechos que pueden ser probados dentro del proceso.-

Los principios de probar y de contradicción probatoria son derechos de raigambre constitucional, puesto que aparecen concretamente consagrados en el artículo 29 constitucional; íntimamente unidos con la garantía del derecho a la defensa que tienen todos los ciudadanos sobre los que recaiga una imputación penal; tan estrechamente unidos que podría afirmarse que sin el reconocimiento de tales derechos, el ejercicio a la defensa sería impracticable como derecho esencial dentro del concepto del debido proceso constitucional.-

Lo anterior, porque es un viejo principio del derecho que la justicia reconoce las pretensiones procesales que puedan ser probadas, principio que llevado al derecho a la defensa nos lleva a la conclusión que el mismo descansa de manera trascendental en el pleno ejercicio de los derechos de probar y de contradicción de los medios de convicción que se hayan producido en su contra.-

El ciudadano se defiende de la imputación formulada, probando sus afirmaciones defensivas y controvirtiendo probatoriamente las imputaciones que le formule el Estado o los otros sujetos procesales. Es tan íntima la unión de las dos garantías que se analizan, que se puede afirmar que la defensa como derecho constitucional se convierte en un principio puramente retórico si no se contara con el derecho de probar y el de controvertir.-

Es tan inescindible la unión de estas dos garantías que procesalistas como Montero Aroca las identifican como una sola cuando afirma:

“CONTRADICCIÓN O DEFENSA. Los brocardos *auditur et altera pars* y *nemo inauditus damnaria potest*, que hoy suele enunciarse como que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, hacen referencia a este principio, que ha sido considerado la fuerza motriz del proceso, sus garantía suprema, pero que, más precisamente puede considerarse que atiende a la esencia misma del proceso, pues sin el mismo no estaremos ante un verdadero proceso. Conviene, con todo advertir que el principio presenta dos facetas, o, si se quiere, debe ser contemplado desde dos perspectivas completa mentarías que, además puede y deben ser enunciadas de modos distintos.-

“ El principio de contradicción tiene plena virtualidad cuando se lo considera como un mandato dirigido al legislador ordinario para que regule el proceso, cualquier proceso, partiendo de la base de que las partes han de disponer de plenas facultades procesales para tender a conformar la resolución que debe dictar el órgano judicial, mientras que el derecho de defensa se concibe como un derecho

de rango fundamental, atribuido a las partes de todo proceso, que consiste básicamente en la necesidad de que éstas sean oídas, en el sentido de puedan alegar y probar para conformar la resolución judicial, y de que conozcan y puedan rebatir todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial¹.-

Similar identidad en cuanto a los dos principios plantea Rodríguez Fernández cuando sostiene:

“Derecho a la defensa mediante la promoción de la contradicción.-

Este derecho supone que en todo proceso debe respetarse el derecho de defensa contradictorio de las partes contendientes, mediante la oportunidad dialéctica de alegar y justificar procesal mente el reconocimiento de sus derechos e intereses. El proceso penal solo se concibe como una oposición entre pretensiones que un órgano imparcial resuelve y las partes han de tener igualdad de armas con posibilidades homogéneas de alegar y probar cada una de ellas lo que sea pertinente al objeto discutido y conveniente a sus intereses.-

“ Con respecto al procesado este derecho se concreta en su derecho – y de su defensa – a preguntar y repreguntar a testigos, peritos y otros procesados, así como a valerse, respecto de otras pruebas diversas de la testifical, de los medios pertinentes para demostrar la eficacia de las por él propuestas y la ineficacia de las propuestas por la otra parte².-

A la misma identificación llega Pedraz Penalva cuando refiriéndose a las garantías que nos interesan dice:

“Análisis del derecho de defensa a través del principio de contradicción.- Con gran parte de la literatura especializada y con la doctrina sentada por nuestro Tribunal Constitucional, entiendo que el principio de audiencia o contradicción – en sentido

1 Principios del proceso penal. Una explicación basa en la razón. Juan Monterio Aroca, pág 139, 140, E. Tirant lo Blanch. Valencia 1997.-

2 Derechos fundamentales y garantías individuales en el proceso penal. Ricardo Rodríguez Fernández, pág 18. E. Comares. Granada 2000.-

amplio – se encuentra íntimamente conectado con el derecho de defensa del que constituye su presupuesto, aunque entiendo que no han de ser confundidos. Desde su estrecho nexo con el principio de contradicción, examino pues el derecho de defensa: *Nemo damnandus, nisi auditus, vel vocatus*, (nadie puede ser condenado sin ser oído o citado en juicio) con sus consecuentes “*Nemo praesumitur malus nisi probetur*” o “*iudex iudicet secundum allegata et probata partium*”³, debiendo destacar que, en sede procesal penal, implica además otros aspectos que lo sobrepasan como el “*nemo tenetur edere contra se*” o “*nemo tentur se ipsum accusare*” (nadie está obligado a declarar o a acusarse a sí mismo⁴ .-

José Fernando Ramírez Gómez, entre nosotros, plantea similar identificación cuando sostiene:

“Principio de contradicción o derecho de defensa. La doctrina de la Corte Constitucional sobre el derecho de defensa se elabora a partir de lo expuesto en las sentencias T- 419\92, C-150\92, T-272\93, T-055\94, C-037\96, T-361\97, T-051\99, T-181\99, y T-294\99 entre otras.-

- a). “De acuerdo con la naturaleza bilateral del proceso penal, el imputado debe ser oído y sus argumentos deben ser sopesados con indagaciones y estudio”.-
- b). El principio de contradicción “es el fundamento de la realización del principio de defensa y, éste a su vez, es condición necesaria para la efectividad del derecho al debido proceso”.-
- c). De acuerdo con la Convención interamericana ratificada por la ley 16 de 1972, el derecho de defensa del imputado ofrece tres posibilidades “1. la de interrogar a los testigos que intervienen en su contra, 2. la de presentar testigos que declaren a su favor, y 3. la de participar, en

3 Del que forman parte otros como el derecho a ser informado de la acusación, al uso de intérprete si no desconociere o no conociere suficientemente la lengua española.-

4 Derecho Procesal Penal, Ernesto Pedraz Penalva, Tomo I, pág 228. E. Colex Madrid. 2000.-

condiciones de igualdad, en todo proceso de contradicción y debate que se lleve a cabo con la presentación de testigos”.-

- d). La omisión de una prueba conducente “constituye una violación al derecho de defensa y al debido proceso”.-
- e). Este derecho lo mismo que el del debido proceso se debe observar sin restricción}, “dentro de la actividad disciplinaria privada” (T.272\93).-
- f). “Al ser propósito esencial de todo proceso judicial el de lograr la verdad, se debe garantizar plenamente la posibilidad de que las partes interesadas expongan y controviertan con plenas garantías los argumentos que suscitaron el litigio judicial”.-
- g). “La Constitución de 1991, precisando aún más lo dispuesto por la de 1886, se encargó de definir al derecho de defensa como un derecho fundamental autónomo, ligado, por razones obvias, al debido proceso, a través del cual – como lo anota la sentencia antes citada . se permite a toda persona controvertir las acusaciones que en materia administrativa o judicial se presenten en contra, con lo cual, a su vez, se hacen efectivos otros derechos, como son el derecho a la libertad, a la seguridad, el de petición y aún el derecho a la vida”.-
- h). “Esta disposición debe, asimismo, complementarse con el artículo 229 superior que remite a la ley la responsabilidad de definir los casos en que pueda acceder a la administración de justicia sin la representación de abogado. Lo anterior se conoce, particularmente para efectos del procedimiento penal, como la defensa técnica a que tiene derecho el sindicado, la cual, por la trascendencia del cargo, debe ser encargada a una persona versada en derecho, con suficientes conocimientos de orden técnico y, sobretodo, con una amplia capacidad humana que permita al interesado confiar los asuntos más personales e íntimos relacionados con el caso sobre el cual se le ha prestado asistencia”⁵.-

5 Principios constitucionales del Derecho Procesal Colombiano. José Fernando Ramírez Gómez, pág 151 y ss. E. Señal Editora, Medellín 1999.-

Molina Arrubla de manera similar ubica el derecho de contradicción, dentro de la defensa y sostiene:

“Consustancial al derecho de defensa resulta ser el derecho de contradicción, conforme al cual el procesado, por si o por intermedio de su apoderado o defensor (en el entendido de que estos términos resultan ser asimilables), resulta ser el derecho de contradicción, que no sólo alude a la controversia probatoria sino también, de las providencias. Pero para ello, a saber, para poder controvertir las pruebas y/o las sindicaciones, es menester conocer el contenido de unas y otras, pues que nada puede hacer la defensa – técnica y/o material -, si no sabe o no conoce quiénes son los testigos de cargo, o qué es lo que ellos dicen en contra del procesado, como tampoco será mayor la actividad de contradicción que se pueda ejercer si no se conoce cuál es el fundamento y/o contenido de las providencias emitidas por el respectivo funcionario judicial, entendido el concepto en los términos del Art. 534 nuevo Código de Procedimiento Penal.-

.....

“ Aún a riesgo de atentar contra los principios de celeridad y eficiencia, el nuevo Código de Procedimiento Penal autoriza la posibilidad de que en la audiencia preparatoria se decrete la repetición de aquellas pruebas que los sujetos procesales no tuvieron la posibilidad jurídica de controvertir, conforme a lo dispuesto en el inciso 1º. Del art. 401.-

“ Ello significa, entonces, que si por alguna razón jurídica (que no material, vale decir, por olvido, vencimiento de términos, inactividad de uno de los sujetos procesales, etc.), alguno de los intervinientes no tuvo la oportunidad de controvertir una determinada prueba, en la audiencia preparatoria que consagra el art. 401 es posible solicitar, incluso, la repetición de dicha prueba, en petición que puede ser atendida, en atención a las circunstancias, por parte del juez. El respeto al derecho de contradicción se eleva, entonces, a una categoría tal que, como se dijo, puede reportar

como consecuencia, incluso, el sacrificio de principios tales como el de celeridad y el de eficiencia, siempre en el entendido de que interesa mas el contenido que las formas, vale decir, que inspirado por el principio de la investigación integral, lo que le interesa al proceso penal es la obtención de la verdad real, por encima de la mera consecución de una verdad meramente formal.⁶.-

Así afortunadamente lo ha entendido la Corte Constitucional que ha producido una serie de fallos de inexecutable frente a normas excepcionales, y del articulado de algunos códigos procesales que trataron de restringir el derecho a la controversia probatoria dentro de las investigaciones penales.-

Dentro de tales expresiones jurisprudenciales en relación con ésta garantía ha tenido particular importancia la sentencia C-150 del 22 de abril de 1.993 por medio de la cual se declararon como contrarias a la Carta Política, algunas normas que buscaban restringir, desconocer o vulnerar estos constitucionales derechos.-

Estima la Corporación que la prueba solicitada por el abogado defensor es pertinente y conducente.

El argumento que sirve de fundamento al Tribunal de instancia para negar la prueba solicitada no tiene validez, porque el defensor al solicitar la prueba especificó de que especialidad médica debía de ser el perito que debía de ser designado.-

El formalismo del proceso es esencial para la preservación de los derechos y garantías fundamentales de las personas involucradas en el proceso, pero ese formalismo no debe llevarse a ultranza, porque finalmente terminarían por predominar dentro del proceso las ritualidades y formalismos por encima de la verdad histórica de los hechos y de la justicia y no debe olvidarse nunca, el principio constitucional que determinada la supremacía del derecho sustancial

6 Fundamentos de Derecho Procesal Penal. Carlos Mario Molina Arrubla, Pág. 464 y ss. E. Leyer Bogotá. 2002.-

sobre el puramente formal. Efectivamente en el artículo 228 constitucional se dispone:

ARTICULO 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley ***Y ENELLAS PREVALECE EL DERECHO SUSTANCIAL.*** Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado. (Lo destacado no lo es en el texto).-

Los administradores de justicia, en cualquiera de sus múltiples variantes, no se deben olvidar que en un verdadero Estado democrático y social de derecho, el proceso es el esfuerzo, la dinámica y la búsqueda de la verdad histórica de los hechos, situación que alcanza dimensiones más trascendentes si se trata del proceso penal o de sus derivados, como es el penal disciplinario, porque en ellos se busca la determinación de la responsabilidad o no, por presuntas infracciones a la ley.-

En tales circunstancias siendo formalista el proceso penal en algunas de sus actuaciones, se podría decir que es el menor formal de todo los procesos, y ello debe ser así porque al juez lo que le debe importar fundamentalmente es la búsqueda de la verdad histórica de los hechos, para con ella dispensar la justicia y de tal manera concretar en la realidad de la decisión, el pensamiento de Ulpiano quien para definir la justicia dijo que era: dar a cada cuál lo que le correspondía.-

Hay ocasiones entonces, en que los formalismos son esenciales dentro del proceso, aún dentro del penal, pero ello solo puede ser así, cuando por medio de tales ritualismos se da protección a los derechos y garantías fundamentales de los sujetos procesales, porque en un momento determinado tales formalismos deben pasar a un segundo plano, si con su desconocimiento o eliminación podemos llegar al conocimiento de la verdad y de la justicia.-

Es por las razones anteriores que desde siempre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que no toda irregularidad es

constitutiva de nulidad y que para que se de en la realidad la actividad inválida, es menester que además de la irregularidad, se afecte un derecho fundamental de uno cualquiera de los sujetos procesales.-

Era entonces evidente que en la solicitud formulada por el defensor de la médico disciplinada se entendía cuál debía de ser la especialidad del perito médico solicitado y la situación es todavía más clara si se tiene en cuenta que los interlocutores a los cuales se dirigió la petición, fueron precisamente cinco distinguidos médicos, que por su trayectoria profesional y científica se encuentran ocupando cargos tan honrosos y distinguidos dentro de la comunidad profesional.-

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, con fundamento en las atribuciones conferidas por la ley

RESUELVA:

ARTICULO PRIMERO: REVOCAR, la decisión que es motivo de impugnación y en su lugar se decretará la prueba solicitada, debiendo el Tribunal de instancia, designar un médico anesthesiologo de reconocida trayectoria profesional y formación científica para que responda los interrogantes que en su defensa formule el médico disciplinado o su defensa.-

ARTICULO SEGUNDO: Devolver el expediente al Tribunal de origen, para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Presidente
MIGUEL OTERO CADENA, Magistrado Ponente
FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado
JUAN MIGUEL ESTRADA GRUESO, Magistrado
EFRAÍM OTERO RUÍZ; Magistrado
EDGAR SAAVEDRA ROJAS Asesor Jurídico
MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO Secretaria

FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN. ABSORCIÓN MASIVA DE ANESTESIA POR VÍA OSEA.

Bogotá, enero veinticuatro (24) del año dos mil seis (2006).

SALA PLENA-SESION No. 856 DEL VEINTICUATRO (24) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL SEIS (2006).

Ref: Proceso No.584 del Tribunal de Etica Médica del Valle del Cauca.

Contra el doctor Mauricio Escobar Valencia

Denunciante : Lucy Esther Candelo Muñoz.

Asunto: aplicación de sanción (suspensión) superior a 6 meses y
prescripción

Magistrado ponente : Dr. Efraím Otero Ruíz

Providencia No.02-2006

VISTOS:

Por decisión del dos (2) de noviembre del 2005 el Tribunal de Etica Médica del Valle del Cauca rechazó los descargos presentados y sancionó con suspensión en el ejercicio profesional al Dr. Mauricio Escobar Valencia por violaciones a los artículos 7, 14 y 15 de la Ley 23 de 1981; además dió traslado del expediente al Tribunal Nacional de Etica Médica para determinar si dicha sanción ameritaría una suspensión superior a seis (6) meses. El expediente fue remitido el 6 de diciembre de 2005; puesto para reparto en Sala Plena del martes 13 de diciembre, la última del año, correspondió por sorteo al Magistrado Efraím Otero Ruiz.

Cumplidos los términos legales, se procede a resolver de acuerdo con los siguientes

HECHOS :

El 25 de julio de 2002 la señora Lucy Estela Candelo Muñoz por intermedio de su abogada doctora Luduyj Castro Bolívar solicitó al Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca se abriera investigación contra el doctor Mauricio Escobar Valencia, médico general al servicio de IPS-COMEDICA por hechos acaecidos entre el 2 y el 7 de julio del mismo año que terminaron con la muerte de su hija Katerin Julieth Rada Canelo, de 6 años de edad. La menor había presentado, a raíz de una caída en el colegio, una fractura del radio distal izquierdo y fue trasladada por sus profesoras a la IPS COMEDICA donde fue atendida por el Dr. Escobar Valencia, quien, sin obtener previo consentimiento informado de las profesoras o de la madre de la paciente, y sin siquiera determinar el peso corporal de la niña, quien llegó consciente y movilizada por sus propios medios, decidió reducir la fractura empleando anestesia local con xilocaína; la elevada dosis del agente anestésico (calculada por las declaraciones de los peritos anesthesiólogos en 6 veces más que la dosis máxima permitida) aparentemente se absorbió muy rápido por vía ya fuera intraósea o intravenosa, produciendo convulsiones y pérdida del conocimiento seguidas de paro cardio-respiratorio; al fallar las maniobras de reanimación fue trasladada al Hospital Universitario del Valle donde en los días siguientes se hizo el diagnóstico de muerte cerebral. A pesar de todas las medidas tomadas en la unidad de cuidados intensivos permaneció en ese estado y finalmente falleció el día 7 de julio. La necropsia confirmó el diagnóstico de hipoxia cerebral aguda como causa del paro cardiorespiratorio y la muerte.

En su queja, la demandante solicitó que se tomase declaración a las profesoras y demás personas que intervinieron inicialmente en la atención de la niña, solicitando además que se nombraran peritos en las especialidades de ortopedia y anestesiología para determinar si el tratamiento había sido bien llevado; como pruebas documentales solicitó la certificación de estudios del doctor Escobar y copias de las historias clínicas de COMEDICA IPS y del Hospital Universitario del Valle lo mismo que el documento correspondiente a la necropsia

practicada a la niña en el Instituto de Medicina Legal. Con fecha 31 de julio de 2002 fue repartido en Sala Plena y correspondió por sorteo al Magistrado Santiago Domínguez Plaza, quien procedió a abrir la investigación preliminar. Dentro del proceso se allegaron los siguientes documentos:

1. Historia clínica de COMEDICA-IPS (folios 40 a 41) correspondientes a julio 3, 2002, día de atención inicial de la niña.
2. Historia clínica del Hospital Universitario del Valle (folios 42 a 68) que muestra el deterioro progresivo de las funciones cerebrales pese a todas las medidas de reanimación tomadas, hasta su muerte en coma cerebral profundo el día 7 de julio.
3. Informe del protocolo de necropsia (folios 37 al 39) en que concluye que el mecanismo de muerte fue encefalopatía hipóxica.
4. Diligencia de versión libre y espontánea del doctor Mauricio F. Escobar Valencia (folios 78 a 79) de 17 de enero de 2005 en la cual afirma que sí ha recibido entrenamiento básico en el tratamiento cerrado de fracturas, traumas menores, luxaciones, esguinces y también la instrucción necesaria para el uso de anestesia local.
5. Peritazgo (folios 87 a 89) de los doctores Pedro Nel Peláez y Eduardo Lema Flórez (anestesiólogos) (recibido el 29 de abril de 2005) en que concluyen que un procedimiento así se debe realizar en el quirófano bajo anestesia, tratándose de una paciente menor de edad; y que “durante la infiltración de un foco de fractura pueden ocurrir dos circunstancias : una, la de la aplicación inadvertida del anestésico por vía intravenosa (como puede ocurrir en cualquier infiltración) o por otro lado la aplicación intraósea o con una absorción más rápida que cuando se infiltran los tejidos blandos. Esta práctica es frecuente en el manejo de fracturas de urgencias. Añaden que las dosis máximas de lido o xilocaína son en cualquier paciente: 7 mg por kilo de peso sin epinefrina para infiltración; para uso intravenoso se recomienda 1 mg de lidocaína simple por kilo de peso (la niña recibió 6 mg/kg de peso).

6. Peritazgo de mayo 3 de 2005 del traumatólogo y ortopedista doctor Alfredo Martínez Rondanelli (folio 91) en que concurre también en que “al infiltrar lidocaína en el hematoma de la fractura ésta puede absorberse y generar manifestaciones sistémicas”.
7. Análisis de las radiografías enviadas por COMEDICA-IPS el 5 de abril de 2005 en que se evidencia fractura completa distal del radio izquierdo con ligera angulación; la radiografía de control muestra una reducción en la cual la angulación es mucho menor que la inicial.
8. Diligencia de descargos del doctor Mauricio F. Escobar Valencia (folios 102 a 103 vto y 194 a 197) en que sostiene que el consentimiento informado no se obtuvo por tratarse de una urgencia y afirma (falsamente) que en los protocolos de la clínica este tipo de fracturas se maneja de forma inmediata con anestesia local mediante reducción cerrada; que aunque la clínica disponía en esa fecha de especialistas en anestesia y ortopedia de turno de llamada, con el Director de la misma, Dr. Hernán Volverás, se había establecido que este tipo de fracturas podía ser manejado por el médico general. Acompaña abundante información bibliográfica incluyendo los decretos que regulan la especialidad de Anestesiología (folios 104 a 190) Estas afirmaciones motivaron la visita a la Clínica COMEDICA y a obtener la declaración de su Director.
9. Diligencia de visita el 29 de junio de 2005 a la Clínica COMEDICA-IPS (folios 220 y 221) durante la cual “se encuentra un protocolo de manejo de Ortopedia y Traumatología que es una copia de un texto de ortopedia sin fecha ni título. En ese texto no dice que este tipo de fracturas deban ser manejadas por médico general. No hay constancia de socialización entre los médicos de la Institución de este tipo de protocolo”.
10. Testimonio juramentado del 30 de junio del doctor Hernán Olmedo Volverás Chilatra (folios 222 y 223). A la pregunta de si “es usual en

la IPS-COOMEDICA el tratamiento en Ortopedia para fracturas de mediana y baja complejidad por parte de un médico general” respondió : “sí es usual, siempre y cuando el médico general se considere apto y dispuesto a realizar la atención del paciente”. Y en respuesta a una pregunta en el cuestionario enviado por el abogado del demandado, Dr. Aristizábal, responde : “La decisión de practicar las reducciones cerradas a los pacientes atendidos en COMEDICA-IPS depende exclusivamente del médico de urgencias, quien igualmente decide cuándo es necesario el apoyo de un médico especialista. Para la fecha de los hechos existían unas copias del manual de urgencias de un texto de la Universidad del Valle del Dr. Ferrada y no existía protocolo especificado para dichas atenciones”.

11. Peritazgo de Farmacología : El día 30 de junio de 2005 se nombró al Dr. Mauricio Palacios Gómez de la Facultad de Salud de la Universidad del Valle y especializado en Farmacología en la Universidad Nacional como perito médico en la especialidad de Farmacología. Le fue entregado un cuestionario enviado por el médico denunciado (folios 216 y 217) al que respondió el 18 de agosto, siendo ampliada la experticia, por solicitud del abogado, el 20 de septiembre de 2005. En el afirma, entre otras cosas : “las dosis pediátricas para administración intravenosa (de lidocaína) son de 1 mg/kg de peso. La dosis máxima es de a 4.5 mg por kg por hora.—La inyección de anestésicos locales en un foco de fractura es una administración intraósea debido a que penetra directamente en el compartimiento óseo....en lesiones cerradas la posibilidad de absorción sistémica es mayor porque no hay pérdidas externas... La causa más común de toxicidad sistémica es la administración intravascular inadvertida y la menos frecuente es la inyección de una cantidad excesiva del anestésico local”. Adjunta bibliografía que sustenta las afirmaciones anteriores y su concepto pericial.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS:

Los hechos motivo de la queja ocurrieron entre el 3 y el 7 de julio del año 2002 y en consecuencia han transcurrido a la fecha más de tres años, lapso que corresponde fijar para la prescripción de los procesos ético-disciplinarios que se adelanten al tenor de la Ley 23 de 1981, según lo dispuesto por la Ley 906 de 2004 actualmente vigente.

De acuerdo con los argumentos aprobados por la Sala Plena de este Tribunal Nacional dentro del proceso 477 del Tribunal Seccional de Etica Médica del Valle del Cauca y el proceso 179 del Tribunal Seccional de Etica Médica del Tolima, las disposiciones del artículo 531 de la Ley 906 de 2004 deben aplicarse en el ámbito ético-disciplinario médico a partir de la vigencia de la mencionada ley. En la providencia respectiva, que lleva el número 09-2005 del 1 de marzo de 2005, con ponencia del H. Magistrado Doctor Fernando Guzmán Mora se aduce:

“...Es una realidad que la norma disciplinaria nada nos dice sobre la prescripción, situación que ha llevado a la Sala por remisión a aplicar las normas penales respectivas.

Es igualmente cierto que no existe norma disciplinaria expresa que haga referencia a la culminación de la etapa de investigación y existe una norma equivalente o análoga que es la prevista en el artículo 79 de la ley 23, que hace referencia al informe de conclusiones que debe presentar ante la Sala, el magistrado instructor ¹.

Es más que evidente que esta disposición viene a ser la equivalente dentro del proceso penal a la que prevé el cierre de la investigación y cuando se acude a ésta equivalencia es obvio concluir que se está recurriendo a la analogía.-

¹ Art 79. Presentado el informe de conclusiones, el Tribunal en pleno se ocupará de su conocimiento dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de presentación, y podrá, si lo considera conveniente, solicitar la ampliación del informativo señalando término para los efectos, el cual en ningún caso podrá ser superior a quince días.

El artículo 531 de la Ley 906 del nuevo C. de P. P. dice:

Artículo 531. Proceso de descongestión, depuración y liquidación de procesos. Los términos de prescripción y caducidad de las acciones que hubiesen tenido ocurrencia antes de la entrada en vigencia de este código, serán reducidos en una cuarta parte que se restará de los términos fijados en la ley. En ningún caso el término prescriptivo podrá ser inferior a tres (3) años.

En las investigaciones previas a cargo de la Fiscalía y en las cuales hayan transcurrido cuatro (4) años desde la comisión de la conducta, salvo las exceptuadas en el siguiente inciso por su naturaleza, se aplicará la prescripción.

Estarán por fuera del proceso de descongestión, depuración y liquidación de procesos, las investigaciones por delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados y, además, los delitos de falsedad en documentos que afecte directa o indirectamente los intereses patrimoniales del Estado; peculado por apropiación; peculado culposo en cuantía que sea o exceda de cien (100) salarios mínimos legales, mensuales, vigentes; concusión, cohecho propio, contrato sin cumplimiento de requisitos legales; interés indebido en la celebración de contratos; violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación; prevaricato; fraude procesal, hurto y estafa en cuantía que sea o exceda de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, legales y vigentes cuando se afecte el patrimonio económico del Estado; homicidio agravado y delitos conexos con todos los anteriores. También se exceptúan los delitos sexuales en los que el sujeto pasivo sea menor de edad Y LAS ACTUACIONES EN LAS QUE SE HAYA EMITIDO RESOLUCIÓN DE CIERRE DE INVESTIGACIÓN.

Los fiscales y jueces, en los casos previstos en el inciso anterior, procederán de inmediato a su revisión para tomar las determinaciones. En una sola decisión se podrán agrupar todos los casos susceptibles de este efecto.

Los términos contemplados en el presente artículo se aplicarán en todos los distritos judiciales a partir de la promulgación del código. (Lo destacado no lo es en el texto).

Si se observa, la norma transcrita alude a un fenómeno procesal que no está previsto en la norma disciplinaria y si por analogía lo aplicásemos al proceso disciplinario se estaría aplicando una norma por analogía *in malam partem*, posibilidad que queda descartada porque el principio de legalidad de rango constitucional y reiterado como norma rectora en el Código procesal expresamente excluye la posibilidad de la aplicación analógica de normas perjudiciales.

...Entendemos la magnitud de este cambio jurisprudencial y su repercusión en los Tribunales Seccionales. Conocemos las consecuencias, incluyendo la prescripción de muchos procesos que a la fecha se pueden acoger a este beneficio. Sin embargo, la parte positiva incluye dos aspectos: la descongestión en la administración de este tipo particular de justicia profesional amparado por la Ley y la obligatoria agilización de los procesos que sobrevivan o lleguen de novo ante los jueces a quo...”

Como puede verse, y siguiendo la opinión del distinguido tratadista, doctor Edgar Saavedra Rojas, no es posible pretender aplicar la excepción prevista en la ley 906 para los procesos “en los cuales se haya declarado cierre de la investigación” por cuanto en el proceso ético-disciplinario médico no existe dicha figura procesal y el intento de asimilar a ella la formulación del pliego de cargos es analogía *in malam partem* que no ha lugar porque va contra las garantías que conforman el debido proceso.

Cuando el juzgador, sean cuales fueren sus opiniones sobre las pruebas allegadas al proceso, tiene la evidencia de que ha transcurrido el tiempo necesario para que se produzca la prescripción de la acción sancionatoria del Estado, debe declararlo así y proceder a decretar la prescripción, sin intentar siquiera el análisis del caso.

Respecto al presente proceso, el Tribunal Nacional lamenta que no se hubieran agilizado los trámites necesarios para que la sentencia se hubiera proferido dentro de los límites arriba señalados, sobre todo en un caso como éste, que sobrecoge por las consecuencias mortales de

un procedimiento erróneamente realizado en una niña de seis años de edad. Y vuelve a insistir ante todos los Tribunales seccionales para que se tenga en cuenta la nueva legislación, arriba citada, para ocuparse con premura de las investigaciones preliminares o definitivas que lleven a un oportuno desenlace.

Bastan las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de sus atribuciones legales,

RESUELVA:

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar prescrita la acción ético-disciplinaria contra el doctor Mauricio Escobar Valencia, de las condiciones conocidas en el informativo, y precluir la correspondiente investigación..

ARTÍCULO SEGUNDO: - Devuélvase el expediente al Tribunal de origen, para su archivo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Presidente;
EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado Ponente;
FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado;
JUAN MIGUEL ESTRADA GRUESO, Magistrado;
MIGUEL OTERO CADENA, Magistrado;
EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico;
MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

INHIBITORIA. MUERTE EN PROCEDIMIENTO ODONTOLÓGICO.

Bogotá D. C., febrero tres (3) del año dos mil cuatro (2004)

SALA PLENA SESION No. 773 FEBRERO TRES (3) DEL AÑO DOS MIL CUATRO (2004)

REF: Proceso No. 1355, Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá
Contra: Médicos en averiguación de Fundemos IPS
Doctor Luis Alberto Garzon Fernandez

Magistrado ponente: Doctor Fernando Guzmán Mora
Providencia No.04-04

VISTOS:

El 14 de Marzo de 2001, la señora ELSA USSA, interpuso denuncia ante este Tribunal contra MEDICOS EN AVERIGUACIÓN FUNDEMOS IPS, por hechos ocurridos el 9 de Agosto de 2000 en relación con la atención que se le dispensó a su hijo GERMAN ALFONSO SICARD USSA. Se concreta la misma en que GERMAN ALFONSO tenía una discapacidad ocasionada por una Meningoencefalitis herpética y requería entre otras tratamiento odontológico. En el mes de Abril de 2000 fue remitido al CADE SANTA BARBARA, donde lo trasladarían a otra institución, ésta fue la razón por la cual la denunciante el 9 de Agosto se presentó en la CLINICA FUNDEMOS para llevar a cabo el tratamiento a su hijo. Pasado el tiempo, se les informó que era necesario trasladar al paciente a UCI y finalmente después de varios trámites se consiguió una ambulancia particular con el fin de llevarlo a la CLINICA PARTENON, sin embargo en el trayecto el paciente presentó dos paros cardiorrespiratorios y falleció.

Considera la quejosa que existió negligencia por cuanto no se le hicieron los estudios pertinentes antes de llevarse a cabo el tratamiento.

Luego de analizar el caso, el Tribunal Seccional de Etica Médica de Bogotá decide inhibirse de abrir investigación formal en contra del médico doctor Luis Alberto Garzón Fernández y procede a admitir el recurso de apelación por ante este Tribunal Nacional de Etica Medica.

Correspondió por sorteo al Magistrado Fernando Guzmán Mora.

HECHOS:

El paciente GERMAN ALONSO SICAR USSA (q.e.p.d.), de 19 años de edad, ingresó a FUNDEMOS IPS, con diagnósticos de retardo mental moderado secundario a encefalitis viral, caries múltiples, periodontitis y síndrome convulsivo más síndrome Kluver. Fue remitido del I.S.S., para tratamiento de odontología integral bajo anestesia general, presentaba antecedentes patológicos consistentes en encefalitis por herpes virus hacia 6 años, con coma durante 28 días que generó lesión cerebral con hemiparesia izquierda superada. La revisión por sistemas refirió último episodio convulsivo en el mes de Febrero de 2000. Se efectuó examen físico que demostró paciente contextura gruesa, aproximadamente 1.76 centímetros, peso de 92 Kg, TA 130/90, Frecuencia cardiaca 80 por minuto, FR 20, ruidos cardiacos rítmicos sin soplos, ruidos respiratorios normales. SNC retardo mental moderado. Se realizó impresión clínica de paciente Asa 2, y se autorizó programar para cirugía bajo anestesia general.

Iniciado el procedimiento y cursando con signos vitales dentro de los parámetros normales a la última hora quirúrgica presentó aumento de las presiones pico en la vía aérea, se auscultan ambos campos pulmonares, bien ventilados con estertores crepitantes bilaterales, al finalizar la cirugía presentó disminución de la saturación de oxígeno (96%) con patrón respiratorio inadecuado y gran esfuerzo inspiratorio.

Se le diagnosticó edema pulmonar por presión negativa, se manifestó a la familia la condición del paciente y la necesidad de traslado a UCI para soporte ventilatorio. Una vez cede el efecto anestésico, con el paciente consciente, con sedación ligera, presenta convulsión tónico clónica generalizada con inicio en musculatura facial y ocular con generalización en número de 3, retractarias a Benzodiacepenina, requiriendo Tiopental sódico.

A las 21 horas inició inestabilidad hemodinámica con caída de las cifras tensionales a 120/50, FC 96, requiriendo vasopresores, y se apreció enfisema subcutáneo en región cervical y facial.

A partir de las 18:30 horas se comienzan a hacer los trámites indispensables para conseguir disponibilidad de UCI en varias instituciones, y finalmente se consigue en la CLINICA PARTENÓN dicha remisión, se solicita ambulancia, llega a las 24:45 horas, se traslada paciente con signos vitales TA 105/60, FC 80, saturación de oxígeno 98%, FR 30 con ventilación asistida manual. A la 1 a.m., GERMAN ALFONSO presenta paro cardiorrespiratorio del cual se reanima obteniendo signos vitales iguales antes del traslado. Una vez se ingresa a la urgencia de la institución presenta segundo paro cardiorrespiratorio instaurándose maniobras de reanimación avanzada sin respuesta a estas.

LA ACTUACIÓN PROCESAL:

En Sala Plena Sesión número Trescientos Uno(301), de fecha Marzo Veintiuno (21) de Dos Mil Uno (2001), se aceptó la queja presentada por la señora ELSA USSA, contra MEDICOS EN AVERIGUACIÓN DE FUNDEMOS IPS y se designó como Magistrado Instructor al Dr. EMILIO POSADA SARMIENTO, dentro de la presente investigación preliminar radicada bajo el No.1355 (Folio 23 del c.u.).

Para el perfeccionamiento de la presente investigación se allegaron y practicaron las siguientes pruebas:

1. Queja del 14 de Marzo de 2001, presentada ante este Tribunal por la señora ELSA LEONOR USSA NIÑO. Folios 1 y 2 del c.u.
2. Fotocopia de la historia clínica del paciente GERMAN ALFONSO SICARD USSA, remitida a este Tribunal por FUNDEMOS IPS. Folios 28 a 41 del c.u.
3. Diligencia de declaración ofrecida ante este Tribunal por la señora ELSA LEONOR USSA NIÑO quien en forma pormenorizada relató la atención médica que le fue dispensada a su hijo y explicó los antecedentes del joven Germán Alfonso y consideró que hubo negligencia por cuanto no se le practicaron los exámenes clínicos antes de la intervención y además fallas para la consecución de la UCI y el traslado del paciente. (Fol. 43 a 45 del c.u)
4. Diligencia de Versión Libre y Espontánea ofrecida ante este Despacho por el Especialista en Anestesiología DR. LUIS ALBERTO GARZÓN FERNÁNDEZ, quien efectuó un relato detallado del acto anestésico y explicó los esfuerzos que se hicieron con le fin de conseguir disponibilidad de cama en UCI de varias instituciones hasta que ésta por fin se logra.
5. Fotocopia del Protocolo de Necropsia practicado al paciente GERMAN AL. SICARD USSA, visible a: Fls. 94 a 99 del c.u

Este Tribunal considera lo siguiente:

A través de la instrucción se vislumbraron una serie de eventualidades, que con relativa frecuencia se presentan en Instituciones con recargo asistencial, limitaciones locativas y con toda esta serie de requisitos actuales de autorizaciones, remisiones y contra remisiones. Esta situación sumada a desenlaces fatales e inesperados hace que surja la posibilidad de responsabilizar a los profesionales de la medicina. Realmente el impacto de una muerte en un adolescente, no solamente se dirige hacia parientes y familiares, sino a todos los integrantes del equipo de salud, quienes también como seres humanos pueden asumir actitudes o respuestas.

Revisado el historial clínico del paciente y el motivo de consulta a la institución, se evidencia que fue valorado odontológicamente encontrándose todas las piezas dentales en mal estado, periodontitis generalizada por lo cual se decidió practicar exodoncias múltiples. El médico anestesiólogo que participó en dicho acto fue el DR. LUIS ALBERTO GARZON FERNÁNDEZ especialista en la materia, quien encontró paraclínicos dentro de límites normales, hemoglobina de 15.1 gramo, hematocrito de 46% y leucocitos de 8.000. el paciente se premédico con Midazolam 15 miligramos vía oral, alas 9 de la mañana canalizó vena periférica en miembro superior derecho y se pasó a salas de cirugía con saturación de oxígeno, electrocardiograma, presión arterial no invasiva. Se inició la inducción anestésica endovenosa y comenzó el acto anestésico en sí. Y una vez la compresiones pico en la vía aérea menores de 15 centímetros de agua que hacía las 15:30 fueron ascendiendo a 20 y 25, se realizó intubación orotraqueal, se administró sedación, relajación y analgesia con soporte ventilatorio.

A raíz de la situación clínica presentada por el paciente el personal médico de la institución informó a los familiares del mismo lo acontecido y la necesidad de traslado a UCI, sin embargo dicho traslado solamente se pudo lograr hacia las 24:45 horas a la CLINICA PARTENON.

El episodio de edema pulmonar presentado por el paciente se debió indudablemente a varios factores como contextura gruesa que al respirar con una resistencia alta en la vía aérea pudo generar presiones intrapleurales altamente negativas que pudieron haber alterado el gradiente de presión hidrostática intratorácico generando el edema. De otro lado la prolongación del tiempo quirúrgico debido al mal estado de las piezas dentales y de tejidos blandos, así como la alta tasa metabólica de drogas por inducción enzimática hepática, contribuyeron a la instauración del edema.

De otra parte, previo al día de la intervención se había valorado al paciente y se le habían realizado exámenes de laboratorio, así que el día de la cirugía era la segunda ocasión en que se valoraba al paciente y no era la primera vez que se dialogaba con la madre del mismo.

De acuerdo con los hallazgos de la necropsia se estableció que la muerte del joven GERMAN ALFONSO se debió a un evento hipóxico transanestésico sucedido durante el intraoperatorio de las exodoncias múltiples el cual asociado a las secuelas neurológicas antiguas (encefalitis necrotizante cicatricial por virus herpes) facilitaron la presentación de un status epiléptico y encefalopatía hipóxica que desencadenaron su muerte.

Este caso hubiera tenido un desenlace satisfactorio si alguna de las entidades a las que se acudió con el fin de lograr disponibilidad en UCI, hubiese tenido cama para poder tratar la situación clínica por la que atravesaba GERMAN ALFONSO, sin embargo es pertinente aclarar que ninguna responsabilidad puede achacársele al médico disciplinado en el presente caso, DR. GARZON FERNANDEZ y por tal razón se proferirá Resolución Inhibitoria

EL RECURSO DE APELACION

La denunciante, ELSA LEONOR USSA NIÑO, Fundamentó su inconformidad de acuerdo a los siguientes hechos

1. No comparto desde ningún punto de vista la apreciación según la cual se dice que mi hijo fue valorado y se le había realizado exámenes de laboratorio, y que el día de la cirugía era la segunda ocasión en que se valoraba el paciente. Esto es absolutamente falso toda vez que tal como lo manifesté ante el fiscal 321 delegado para los jueces penales, yo llegué con mi hijo Germán a Fundemos como a las 7 de la mañana, para realizarle un tratamiento integral de odontología bajo anestesia general, por ser de difícil manejo. Como a las 9 de la mañana una enfermera le dio al paciente una droga según ella para tranquilizarlo, igualmente señaló que en media hora le colocaban la anestesia para ingresarlo a cirugía. Me acuerdo perfectamente que el doctor Garzón nos hizo pasar a un consultorio, tomó los datos de mi hijo, me pidió la firma de autorización para la cirugía, y no más, por iniciativa mía le mostré los exámenes de laboratorio es decir el resultado de una muestra de sangre .

2. Si el caso de mi hijo por su enfermedad era de difícil manejo porque no lo remitieron antes de la cirugía a un sitio que ofreciera las condiciones médicas seguras en caso de una complicación como efectivamente pasó. Eso no será negligencia, impericia o imprudencia. Porque se juega de esa manera con la vida de seres humanos inocentes.
3. En ningún momento el doctor Garzón me habló de los riesgos anestésicos, porque de ser así seguramente habría preferido dejar a mí hijo así pero lo tendría vivo. Seguramente todos los conceptos médicos coinciden en afirmar que el acto anestésico fue acorde con la normas señaladas, pero lo único cierto es que algo fallo y mi hijo hoy se encuentra muerto.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

CONSENTIMIENTO PARA EL RIESGO

El paciente debe manifestar su consentimiento, bien sea de manera personal o a través de la persona que tenga su representación legal o que le sea más allegada, en los casos en que no pueda hacerlo directamente (minoridad, inconsciencia, alteración mental). Este consentimiento, otorgado para el acto médico, será válido en la medida en que se obtenga de una persona bien informada.

Esta obligación deriva, claramente, del principio de libertad que hace de los actos del ser humano una manifestación de su soberana determinación personal. La autonomía que consagra y ampara la Constitución Política de Colombia como desprendimiento de esa libertad (artículos 13, 16 y 28), está implícita en las decisiones de quien se somete a un tratamiento médico.

En esta forma se entiende que ante el riesgo, más o menos grande, que entraña toda intervención médica, corresponde al paciente, y no al médico, tomar la decisión y asumirlo. Si el paciente no está de acuerdo

con la opción que el médico le presenta, puede elegir libremente a otro profesional que se haga cargo del asunto. Si el paciente propone o escoge una opción con la que el médico tratante no convenga, puede retirarse del tratamiento, como lo autoriza el artículo 7 de la Ley 23 de 1981, que a la letra dice:

Prever es la capacidad, por parte de un ser humano de cultura, educación e inteligencia promedio, de pronosticar un resultado futuro aproximado cuando se efectúa una acción. Es anticipar un resultado posible, efectuando un pronóstico en relación con una conducta. Desde el punto de vista del ejercicio médico, la capacidad de prever razonablemente se juzga de acuerdo con lo que hubiese hecho un médico de similares características, educación y altura académica de la que posee aquel que ocasiona un daño. Lo anterior, se debe a los diferentes grados de complejidad que pueden conllevar los actos médicos, cuya naturaleza hace imposible asimilar la previsión a la de un ser humano 'normal', o incluso poner en la misma escala a sujetos con diferentes especialidades.

De otro lado, prevenir es tomar todas las disposiciones necesarias para que un resultado dañoso no tenga efecto. La toma de decisiones es la selección de un curso de acción entre alternativas. Constituye entonces el eje de la planeación

Lo anterior quiere decir que, al evaluar el riesgo de un tratamiento, debe tenerse en cuenta el tipo de paciente, el campo de especialización del médico que lo atiende, los recursos de los cuales dispone, el momento de la enfermedad en el cual consulta, lo típica que sea la presentación de su enfermedad y otro número de variables.

Quiere esto decir que juzgar el caso individual es sumamente difícil. No se puede condenar por las complicaciones del tratamiento simplemente porque ellas ocurran. El nivel de abstracción del juez y sus conocimientos específicos deben ser de tal magnitud que le permitan emitir su sentencia con el máximo de seguridad posible y con la mayor tranquilidad de conciencia.

A este respecto, existe prueba en la historia clínica de la advertencia del riesgo por parte del médico encartado. Esta obra a folio 71 del cuaderno principal. De suerte que es falso que no haya sido advertido el riesgo a la madre del paciente fallecido, pues de su propio puño estampó la firma en el documento respectivo

EL RIESGO DEL PROCEDIMIENTO

El riesgo de los procedimientos existe en cualquier intervención médica, invasiva o no. Y no se puede equiparar su ejercicio al de las actividades peligrosas, como se verá adelante.

Mientras en la medicina el riesgo calculado es una forma normal y necesaria de desarrollar los principios más caros de solidaridad, bien común y ayuda al prójimo, en las actividades peligrosas el ejecutor mira generalmente sólo su propio beneficio: Conducir un automóvil o portar un arma son ejemplos de actividades peligrosas. Se conduce un vehículo automotor por propia comodidad o como medio para adquirir lo económicamente necesario para sí mismo y su familia. Se porta o se utiliza un arma de fuego para la defensa personal y para defenderse de otro ser humano por medio de la agresión mortal.

De modo que tenemos en la raíz misma del comportamiento un móvil diferente, opuesto: mientras el médico aspira a servir, a curar, a restablecer la salud del prójimo, el hombre armado aspira a todo lo contrario, así sea sólo en caso de necesidad. Equiparar a los dos sujetos para introducir la profesión médica en la categoría de las actividades peligrosas es, por decir lo menos, un acto de irresponsabilidad intelectual.

Todo acto médico tiene un fundamento humano y científico. La medicina, como parte de las ciencias de la naturaleza y la sociedad se caracteriza por su racionalidad y su objetividad. Esta racionalidad está constituida por conceptos, juicios y raciocinios, y no solamente por sensaciones, imágenes o pautas estereotipadas de conducta; sus

ideas son capaces de combinarse de acuerdo con algún conjunto de reglas lógicas, con el fin de producir nuevas ideas. Éstas, a su vez, no se amontonan caótica o cronológicamente, sino que se organizan en sistemas de ideas, esto es, en conjuntos ordenados de proposiciones (teorías).

De acuerdo con Jackobs: “un comportamiento que genera un riesgo permitido se considera socialmente normal; por lo tanto, los comportamientos que crean un riesgo permitido no son comportamientos que hayan de ser justificados.” Aquí se exceptúan, como es obvio, los actos llevados a cabo con elementos que involucren responsabilidad, sea dolosa o culposa.

El Estado se encarga, entonces, de dar el espaldarazo a la decisión de la comunidad y acepta al médico como un integrante que, lejos de ser peligroso, es benéfico para la sociedad. Obviamente se regula su actividad y se le exige un nivel de competencia que el mismo Estado certifica (título universitario); pero una vez que el médico se encuentra ejerciendo legalmente, su actividad queda regulada en esencia por su criterio personal y profesional.

De esta manera se explica que el riesgo inherente al acto médico, sea asumido como normal por el paciente y no por el mismo médico quien, dicho de paso, debe calcularlo con precisión, con el fin de no exponer al paciente a un peligro mayor del necesario. Si traspasa este límite previsto, estaría obrando culpablemente.

LA EVALUACIÓN DEL ACTO MÉDICO SOLAMENTE POR LOS RESULTADOS ES ILEGAL

Y esto está consagrado en la norma que prohíbe todo tipo de responsabilidad objetiva en nuestro país.

Todo procedimiento médico tiene riesgos. El problema actual es que se tiende a trasladar dicho riesgo al médico, sin una razón suficiente. Anteriormente el enfermo era consciente de su estado y asumía las

consecuencias del tratamiento, sin inculpar al médico por el fracaso. Era una posición responsable que se basaba en el principio de la buena fe recíproca: el paciente era sincero con el médico y le descubría su cuerpo y alma; iba a él en busca de ayuda y confiaba en que el médico, a su vez, haría lo que estuviera a su alcance para obtener la recuperación de la salud. Si no se lograba, no había reclamo. Ambos sabían que se había intentado y hecho todo lo posible.

Hoy, infortunadamente, el mundo ha cambiado de la confianza recíproca al provecho personal. Las relaciones entre las personas ya no se fundan en la ‘bona fides’ de los antiguos, sino en su seguridad. Y este cambio en el comportamiento social ha hecho más difícil el desarrollo de actividades que, como la que nos ocupa en este escrito, entrañan riesgo.

La ciencia no es infalible y el Estado no siempre es garantista de los hechos de sus asociados. Mal pudiera entonces el personal de salud que trabaja en los hospitales y consultorios, ser infalible ni garantista de un hecho que implique riesgo para la integridad de una persona. Aun contando con los recursos tecnológicos y humanos más complejos, puede equivocarse. Pero la equivocación no entraña responsabilidad, sino cuando obedece a algún tipo de culpa por negligencia, descuido, imprudencia o impericia.

El acto médico, en el cual se concreta la relación médico-paciente a través del contrato de prestación de servicios, es una forma especial de vinculación entre personas: Por lo general una de ellas, el enfermo, acude motivada por una alteración en su salud a otra, el médico, quien está en capacidad de orientar y sanar, de acuerdo con sus capacidades y al tipo de enfermedad que el primero presente. Esto no implica GARANTIA de curación.

El “acto médico” es un hecho del hombre específicamente capacitado en esta ciencia, que acarrea consecuencias porque se realiza voluntariamente y tiene como “objeto” la vida o la salud de otro hombre (paciente), de manera que el resultado del actuar del médico siempre

tendrá que ver con la ley, por incidir sobre un “sujeto de derechos”; por afectar los derechos de otro hombre que se ha puesto en sus manos.

El médico se compromete a colocar todos los medios a su alcance para efectuar un procedimiento (médico o quirúrgico), actuando con apoyo en sus conocimientos, su adiestramiento técnico y su diligencia y cuidado personal para curar o aliviar los efectos de la enfermedad, sin poder garantizar los resultados, previa advertencia de los posibles riesgos y complicaciones inherentes al mismo.

No puede comprometerse por regla general el médico sino hasta donde las variables incontrolables que resulten le permitan. Obligación de hacer, si, pero de hacer “solamente lo que este a su alcance”. Obligación de asistir médicamente a alguien, poniendo de su parte todos los conocimientos y todo el cuidado con miras a lograr un resultado que, de no alcanzarse, dependerá entonces de otras circunstancias ajenas a la voluntad del profesional de la medicina.

En la historia clínica no se encuentra ninguna evidencia de actuación negligente, imprudente o imperita del anesthesiologist encartado. Además, la familia del paciente fallecido sí fue informada sobre los riesgos posibles de la intervención.

Teniendo en cuenta lo anterior y habida cuenta del estado clínico del paciente fallecido, su severa lesión neurológica previa y el infortunado resultado de una complicación no prevista.

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: **Confirmar**, como en efecto confirma, la resolución inhibitoria emanada del Tribunal de Etica Médica de Bogotá en el expediente número 1355.

ARTÍCULO SEGUNDO: Una vez en firme la presente providencia, devolver el proceso al Tribunal de primera instancia para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. JUAN MENDOZA-VEGA; Presidente;
FERNANDO GUZMAN MORA, Magistrado Ponente;
DIEGO ANDRES ROSSELLI COCK, Magistrado;
EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado;
CARLOS ALBERTO GAVIRIA NEIRA, Magistrado;
EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico;
MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO; Secretaria.

CONDENA A ANESTESIOLOGO IMPRUDENTE

Bogotá, Enero veinticuatro (24) del año dos mil once (2012).

SALA PLENA SESION No. 1117 DEL VEINTICUATRO (24) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL DOCE (2012)

REF: Proceso No. 2187 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca

Contra: Doctores Jorge Oswaldo Rojas Gonzalez y Jorge Eliecer Sanchez Archila

Denunciante: Superintendencia Nacional de Salud

Asunto: Recurso de apelacion y solicitud de nulidad

Magistrado ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora

Providencia No. 06-2012

VISTOS:

El día 20 de septiembre de 2011, la sala plena del Tribunal Seccional de Etica Médica de Cundinamarca resolvió no aceptar los descargos presentados por el doctor JORGE OSWALDO ROJAS GONZALEZ, identificado con c.c N 7.228.565 de Duitama y le impuso la sanción de censura escrita y privada. Así mismo, no aceptó los descargos invocados por el doctor JORGE ELIECER SANCHEZ ARCHILA, identificado con c.c N 19.111.563 de Bogotá y lo condenó a la sanción de censura escrita y privada.

Dentro de términos, el doctor SANCHEZ ARCHILA interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación por ante el Tribunal Nacional de Etica Médica y a su vez, el defensor del doctor ROJAS GONZALEZ interpuso iguales recursos para ante la misma superioridad, solicitando en el mismo memorial la nulidad de lo actuado.

El 15 de noviembre de 2011, ese tribunal seccional negó reponer el fallo condenatorio y no concedió la nulidad interpuesta. En su defecto concedió la apelación solicitada.

El cuaderno que contiene el proceso fue recibido en este Tribunal Nacional el 16 de enero de 2012, correspondiendo por sorteo al Magistrado Doctor FERNANDO GUZMAN MORA, quien procede a resolver los recursos con base en los siguientes

HECHOS

Las señoras EDELMIRA SILVA TORRES identificada con c.c n 23.556.661 de Duitama y LUZ MARINA SILVA TORRES identificada con c.c No. 52.014.831 de Bogotá, mediante un Derecho de Petición enviado el 1 de septiembre de 2008 ante la Superintendencia Nacional de Salud, solicitaron se investigara la conducta médica de los doctores SANCHEZ ARCHILA y ROJAS GONZALEZ, por la atención prestada al señor NICODEMOS SILVA AMAYA, identificado con c.c 4.107.772 en el centro hospitalario SOCIEDAD CLINICA LTDA del municipio de Duitama el 1 de agosto de 2008, quien falleció el 3 de agosto del mismo mes luego de una resección transuretral de próstata con diagnósticos de infarto miocárdico, hemorragia de vías digestivas, choque hipovolémico e insuficiencia renal aguda.

Inicialmente había consultado al urólogo quien diagnosticó hiperplasia prostática benigna. Sus antecedentes incluían hipertensión arterial, enfermedad coronaria, infarto antiguo del miocardio, varios episodios de gastritis, valvuloplastia o reemplazo de válvula mitral e ingesta de warfarina. No se solicitó valoración previa por cardiología, gastroenterología ni hematología. Tampoco se discontinuó la warfarina.

El día 1 de agosto ingresó al mencionado centro hospitalario el paciente NICODEMOS SILVA AMAYA para procedimiento quirúrgico de Prostatectomía efectuada por el doctor Jorge Oswaldo Rojas González

con la participación del anestesiólogo Jorge Eliecer Sánchez Archila. A las tres horas del postoperatorio presento dolor abdominal severo, el cual continuó por espacio de dos días y cuya interpretación por parte de los médicos fue “molestia normal por la operación realizada”.

Al día siguiente de la intervención el paciente presento cuadro de anemia, la cual fue manejada con transfusión sanguínea y el 3 de agosto le fue diagnosticada insuficiencia renal aguda, luego de lo cual presento hematemesis y paro cardiaco. Jamás fue trasladado a una Unidad de Cuidados Intensivos.

El día 15 de febrero de 2011 el Magistrado Instructor, doctor Edgar Matiz Sarmiento presentó informe de conclusiones ante la sala plena del Tribunal Seccional de Etica Médica de Cundinamarca, entidad que resolvió elevar cargos a los dos médicos implicados por violación de los artículos 10 y 15 de la Ley 23 de 1981.

En la diligencia de descargos, el cirujano Rojas González respondió entre otras cosas, que la presencia de un problema cardiaco no es contraindicación para intervenir a un paciente urológico y que el anestesiólogo Sánchez Archila había evaluado previamente al paciente y autorizó la anestesia que luego él mismo aplicó. Afirma que se le dio orden verbal de suspender la warfarina tres días antes y que no existía objeción para seguir adelante con la cirugía, pues las pruebas de coagulación se encontraban dentro de limites normales.

Por su parte, el anestesiólogo Sánchez Archila también afirmó que no era necesaria la valoración previa por cardiólogo a pesar del antecedente de cirugía sobre la válvula mitral, la evidencia de infarto de miocardio previo y la ingesta de warfarina, pues esto retrasaría el procedimiento, lo cual se traduciría en mayor sufrimiento para el paciente. Además consideró que las pruebas de función cardiaca deberían ser normales, pues el paciente no había presentado síntomas de infarto de miocardio ni había sido tratado para tal evento previamente. Y dado que en la auscultación preoperatoria no presentaba soplos ni signos de falla cardiaca, tampoco era necesaria la presencia de un cardiólogo.

De otro lado, la resección transuretral de próstata es considerada un procedimiento de cirugía menor, pues no requiere de cuidados intensivos postoperatorios.

El tribunal seccional ordenó entonces allegar el protocolo de anestesiología de una institución hospitalaria de tercer nivel, para lo cual fue escogido el de la Clínica Reina Sofía y solicitó el peritazgo de los doctores Mario Ruiz Peláez (anestesiólogo) y Jorge Alberto Ospina Londoño (cirujano general). Estas pruebas fueron confrontadas con la conducta médica desplegada por los doctores en cuestión y en su esencia dicha conducta no es compatible con protocolos establecidos de atención perioperatoria.

La conclusión del tribunal seccional se puede resumir en la siguiente forma:

- La valoración preoperatoria fue incompleta. No se incluyó una adecuada evaluación cardiológica ni se siguieron protocolos en el manejo de la anticoagulación.
- Se transgredió el deber de cuidado en el manejo de este paciente.
- El paciente debió intervenir en una institución de nivel superior dada la complejidad de sus patologías asociadas

Por lo anterior, el Tribunal seccional de Ética Médica de Cundinamarca resolvió sancionar a los médicos implicados con la sanción de censura escrita y privada.

Respecto de los recursos de apelación y en subsidio apelación, los argumentos esgrimidos por el médico SANCHEZ ARCHILA en su defensa son los siguientes:

- a. Los descargos presentados jamás fueron desvirtuados por el tribunal seccional.
- b. Los peritazgos ordenados fueron rendidos a posteriori de los hechos ocurridos.

- c. La administración de heparina de bajo peso molecular en el postoperatorio inmediato corrió a cargo del cirujano tratante.
- d. Una crisis hipertensiva catorce meses antes de la intervención con posible evento isquémico no constituyen contraindicación para la administración de anestesia.
- e. Se obró bajo principios de cuidado, buena fe y prudencia.

Por su parte, la defensa del cirujano ROJAS GONZALEZ solicita la nulidad con base en los siguientes argumentos.

- 1. No se permitió al implicado participar en el interrogatorio del médico interno Daniel Rincón, con lo cual se viola el derecho a la defensa

Y respecto a la impugnación de la sentencia se fundamenta en los siguientes raciocinios

- A. Se reprocha al cirujano no haber solicitado valoraciones especiales preoperatorias, cuando sí lo hizo al enviar el paciente al anestesiólogo que participó en el acto quirúrgico.
- B. El condenado se basó en el principio de confianza al otorgar al anestesiólogo la autonomía que le corresponde como especialista del caso
- C. Aunque no se solicitó valoración preoperatoria por médico internista, sí se hizo en el postoperatorio inmediato

El Tribunal Seccional resolvió la solicitud de nulidad en la siguiente forma:

- Nunca se violó el derecho a la defensa, pues jamás se opuso el tribunal a la participación de los acusados o sus respectivas defensas en los interrogatorios de parte. Por el contrario, no se hicieron presentes en las respectivas diligencias y no expresaron en ningún momento su intención de contrainterrogar o contradecir los testimonios ordenados en el proceso.

- El testimonio del doctor Rincón Correa no fue relevante frente a la certeza de trasgresión de las normas éticas endilgada a los acusados.
- La defensa jamás demostró de manera cierta y real en qué forma afectó la supuesta mala actuación procesal del derecho a la defensa del acusado.

Y la reposición fue negada con base en los siguientes análisis

- No se manejó de manera adecuada la anticoagulación perioperatoria, como indican los protocolos y guías de manejo al respecto
- Sí se violó el deber de cuidado al no tener en cuenta las especiales y graves patologías previas del paciente fallecido a consecuencia del acto quirúrgico y anestésico
- La gravedad de dichas patologías hacía imperativo el manejo del paciente en una institución de nivel superior
- Eran evidentes los antecedentes cardiológicos del enfermo, los cuales sí ameritaban la presencia y opinión de un especialista en la materia

Con lo anterior se negó la nulidad y no se aceptó la reposición. En su defecto se concedió la apelación.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

Es claro para este Tribunal Nacional de Ética Médica que la conducta desplegada por los médicos SANCHEZ ARCHILA y ROJAS GONZALEZ en la atención del paciente NICODEMOS SILVA AMAYA constituyó un verdadero despropósito médico, científico y del mismo sentido común.

Un enfermo con enfermedad prostática de tipo benigno que presenta antecedentes serios de varios tipos, entre los que se incluyen:

- Cerebrales: accidente cerebrovascular previo, cuyo origen no se esclareció de manera clara (embólico por la válvula protésica? Trombótico por sus antecedentes vasculares sistémicos? Hemorrágico por la anticoagulación crónica?

Vasculares sistémicos:

- Hipertensión arterial
- Cardiovasculares: Reemplazo de válvulas mitral previo. Evidencia de enfermedad coronaria con electrocardiograma que demostró posible infarto de miocardio antiguo
- Hematológicos: Anticoagulación crónica con warfarina
- Gastrointestinales: episodios severos de gastritis que lo obligaron a consultar en numerosas ocasiones

Requiere de una cuidadosa valoración por varios especialistas. Al menos por un buen cardiólogo y un hematólogo que se ocuparan del manejo cardiovascular del enfermo y que explicaran hechos tan evidentes como: por qué no se encontraba suficientemente anticoagulado a pesar de estar tomando warfarina por espacio de numerosos años antes de su cirugía de próstata.

No se trata de imponer las exhaustivas valoraciones de los hospitales universitarios, que son recomendables y a veces mandatorias en muchísimos casos. Pero por lo menos la opinión de expertos en el manejo de tan importante y gravísimos antecedentes, cuyo conocimiento no puede ser cubierto por un anestesiólogo general y un urólogo (supuestamente formados en buena escuela como especialistas), pero que no pueden ser expertos en todos los campos del conocimiento médico.

De otro lado, con semejante historial médico, el manejo de este enfermo debió llevarse a cabo en una institución del máximo nivel de complejidad. Para eso se dividieron y clasificaron los procedimientos y para eso se diseñaron los diferentes niveles de atención médica. Esto es evidente incluso para el más joven de los internos de un buen hospital y para el más humilde los médicos generales de una ciudad intermedia.

El acto médico desplegado por los doctores SANCHEZ ARCHILA y ROJAS GONZALEZ fue inadecuado, imprudente, arriesgado y abiertamente negligente. Y sus argumentos para justificar el actuar de cada uno son insuficientes y, en muchos casos, acompañados de una ignorancia insultante para cualquier especialista que tenga que ver con problemas cardiovasculares de consideración en un paciente.

Los peritazgos emitidos por los ilustres galenos convocados para dar su opinión son bastante benignos en sus consideraciones. Y en la misma forma, las sanciones impuestas a los galenos encartados son excesivamente consideradas, dados los graves errores cometidos por los implicados en el presente caso. Una censura privada no es suficiente para sancionar hechos de tal trascendencia como los observados en el presente proceso.

Este tribunal nacional desea opinar acerca de algunos puntos que deben ser traídos a colación en el análisis de este inadecuado acto médico.

1. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE

Se invoca en la defensa de los implicados que actuaron de buena fe.

Es apenas obvio que la buena fe existe. Es la base de la conciencia individual de las personas con una personalidad sana. El principio de la buena fe es creer por parte de A que B obra en Justicia, en equidad, con transparencia y con su propia conciencia.

Consiste en hacer el examen de si se obro con justicia, equidad, conciencia, de manera cristalina y bajo el convencimiento de ser así y no de otra forma

Por esto la buena fe ha sido consagrada como un principio general del Derecho. El Principio es un enunciado lógico de una evidencia inmediata a la razón del hombre, que no tiene que entrar a probarse, es decir, es contundente (Una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo; alguien no puede estar vivo y muerto). Su validez trasciende

las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Se aplican a cualquier situación.

Los principios generales constituyen fuente de inspiración en la creación de la norma. Por lo tanto, son verdades fundamentales que sirven para crear derecho, integrarlo e interpretarlo en los vacíos que la norma no haya cubierto.

No se limitan a un territorio o Estado, sino que tienden a ser universales. Además, su fundamento es la equidad, aplicable a las circunstancias de tiempo y lugar de cada caso. En fin, se basan en lo que pensarían personas honradas y conscientes. Estos principios informan todo el derecho positivo y le sirven de base. Pueden inferirse por medio de inducción o de generalización periódica

Los criterios esenciales de estos principios son la justicia y la equidad

Según Ferreira Rubio, los principios generales del Derecho deben cumplir una serie de postulados para que sean considerados como tales:

- Universalidad de contenido
- Esencia permanente a pesar de diferente aplicación histórica
- Potencialidad iurígena: son normas y fuentes de normas
- Existencia anterior a las normas de ordenamiento legal específico.

Pero debe actuarse con prudencia y diligencia, porque también así lo exige la ley. Y esto no rompe la precisión de la buena fe. La buena fe se presume porque debe creerse en la conciencia de las personas. Debe partirse de la base de que las personas adecuan su conducta al derecho.

La Buena Fe indica que cada persona debe ejercer sus derechos, negocios y obligaciones basado en lealtad, honestidad y sinceridad. Es decir, partiendo de los usos sociales aceptados y las buenas costumbres. Es la que se exige como requisito mínimo en cualquier negocio.

La Constitución Política de 1991 la determina muy claramente en su artículo 83:

“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”

Aunque la normatividad dice que debe presumirse de buena, lo que en realidad dice la CN es que debe obrarse conforme a los postulados de la buena fe.

El artículo 769 del CCC expresa:

“La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros, la mala fe deberá probarse”

También se habla de Buena Fe en el artículo 1603 del CCC:

“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”

Similar planteamiento se halla en los artículos 863 y 871 del Código de Comercio.

Corte Constitucional No. de Rad.: C-054-99

La buena fe no consiste simplemente, como equivocadamente lo concibe el demandante, en un actuar desprovisto de dolo, o de intención positiva de irrogar un perjuicio a otro.

El concepto involucra también el conducirse sin culpa, esto es, con un mínimo de prudencia, de atención, de cuidado, a fin de evitar tal perjuicio. En materia civil, como es sabido, la culpa grave se asimila a dolo y es fuente de responsabilidad civil. Y en materia penal, existen delitos que pueden cometerse a título de culpa. De donde se concluye que la carencia de diligencia y cuidado en el cumplimiento de las

propias obligaciones y, en general, en el actuar humano, desvirtúa el principio de buena fe y es fuente de obligaciones y de responsabilidad jurídica.

En el caso en cuestión la culpa es de tal gravedad que desvirtúa la buena fe de los implicados

2. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN MEDICINA

Se menciona en varios apartes del proceso el principio de confianza. Revisemos un poco este concepto

Una profesión consiste en la práctica de una determinada actividad que sirve a los demás y que se escoge por voluntad propia siguiendo una vocación, con el objeto de realizarse como persona a través de un trabajo. La profesión médica puede definirse como el arte de conservar y restaurar la salud para hacer la vida más fácil y segura a la comunidad. Sus pilares son dos: oficio-arte y tecnología-ciencia. La medicina es el brazo de la civilización en su lucha contra la enfermedad.

Puede entonces decirse que el médico, utilizando su razón y sus conocimientos científicos, prevé, discierne y previene el advenimiento de una complicación. La culpa nace de la incorrecta utilización de estas capacidades y se compara con las de aquel otro médico que usualmente las hubiese hecho funcionar en forma adecuada.

La medicina es por esencia una carrera humanística y de servicio. Su definición se encuentra consagrada en la Ley de Ética Médica, que dice en su artículo 1, párrafo 1:

“La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distingo de nacionalidad, ni de orden económico, social, racial, político o religioso. El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual.

Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes.”

Sin embargo, el ejercicio de la medicina puede lesionar bienes jurídicos individuales protegidos por la ley. La práctica quirúrgica en particular puede llevar al empeoramiento de las condiciones de salud de un enfermo y a su ulterior deceso, los cuales son justificables solamente a la luz del ejercicio por parte de profesionales idóneos que actúen dentro de normas universalmente establecidas y que procedan con la debida diligencia en el cuidado de los pacientes.

Para que el ejercicio médico se encuentre dentro de la ley debe poseer toda una serie de requisitos. La Ley 14 de 1962 define el ejercicio de la medicina y la cirugía como:

“[...] la aplicación de medios y conocimientos para el examen, diagnóstico, prevención, tratamiento y curación de las enfermedades, así como para la rehabilitación de las deficiencias o defectos ya sean físicos, mentales o de otro orden que afecten a las personas o que se relacionen con su desarrollo y bienestar.”

Cada país forma a sus profesionales de acuerdo con las necesidades sociales del momento, las normas internacionales de excelencia académica y los recursos disponibles. El título universitario implica una presunción de aptitud, de formación aceptada, de competencia intelectual específica.

Solamente pueden ejercer la medicina los profesionales universitarios graduados en facultades reconocidas por la ley colombiana o aquellos graduados en el extranjero y cuyo título sea revalidado ante las autoridades del país. La misma Ley 23 de 1981 lo especifica en su artículo 46:

“Para ejercer la profesión de médico se requiere:

a) Refrendar el título respectivo ante el Ministerio de Educación Nacional

- b) Registrar el título ante el Ministerio de Salud
- c) Cumplir con los demás requisitos que para los efectos señalen las disposiciones legales.”

Las facultades de medicina legalmente reconocidas que determinen el grado de cada médico, deben reportarlo ante el gobierno con todos los datos necesarios (Decreto 1465 de 1992). Además, de acuerdo con el Decreto 3380 de 1981, en su artículo 27:

“El Ministerio de Salud, expedirá a cada médico una tarjeta profesional que acredite su calidad de tal y que lo autoriza para el ejercicio legal de la profesión en todo el territorio de la República de Colombia.”

En nuestro país se especifica que la medicina la pueden ejercer, además de los graduados universitarios colombianos, quienes hayan obtenido su grado en países con los cuales existan tratados o convenios sobre reciprocidad de títulos universitarios, los colombianos graduados en el exterior en facultades reconocidas por la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina y los extranjeros que obtengan la autorización para ejercer por parte del gobierno colombiano. En la misma forma, se autoriza permiso transitorio a profesores de reconocido prestigio internacional de paso por el país (previa solicitud de alguna sociedad o institución científica reconocida) y a personal extranjero contratado para investigaciones o funciones específicas.

La idea del ‘monopolio médico’ exclusivo de los profesionales intenta proteger a los miembros de la sociedad del riesgo del ejercicio por parte de personas sin la debida formación académica y científica. Si el acto médico puede solamente ser ejercido por el profesional universitario legalmente reconocido, cualquiera que practique actividades de diagnóstico, pronóstico, tratamiento, rehabilitación o similares, sin cumplir esta exigencia, esta ejerciendo la medicina en forma ilegal.

El médico deberá emplear solamente aquellos métodos aceptados por la profesión y la sociedad con base en la Lex Artis (6). Quien no lo hace así, contraviene la Ley 23 de 1981, en su artículo 12):

“El médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas.”

¿Cuáles son estas instituciones? (Decreto 3380 de 1981, artículo 8)

“Para los efectos del artículo 12 de la Ley 23 de 1981, las instituciones científicas legalmente reconocidas comprenden:

- a. Las facultades de medicina legalmente reconocidas
- b. Las academias y asociaciones médico- científicas reconocidas por la Ley o el Ministerio de Salud
- c. La Academia Nacional de Medicina
- d. Las instituciones oficiales que cumplan funciones de investigación médica y de vigilancia y control en materia médico - científica”

Lo anterior quiere significar que, de acuerdo con el artículo 29-3 del Código Penal Colombiano, cuando se produzca una lesión a un bien jurídico en el curso del ejercicio de una actividad lícita, si se actúa con base en normas de conducta definidas y a través de una acción cuidadosa, perita y diligente, no se quebranta la estructura jurídica y, por lo tanto, no se constituye en delito. Estos posibles daños inculpables, configuran los trastornos de tipo iatrogénico, previsible y social y científicamente aceptable, distinta de la malpraxis o mala práctica y, por tanto, no sujeta a consecuencias jurídicas si se efectúa dentro de la Lex Artis.

Se considera en este capítulo la conducta del profesional de la medicina, acreditado con título universitario. Porque otro caso es el del lego que, debido a las circunstancias del lugar y el modo, se ve forzado a echar mano de sus nociones o informaciones y conocimientos empíricos, para prestar ayuda en un intento por curar. Tal es el caso de la persona sin estudios formales en medicina, que ante la situación de inminencia

de muerte de un semejante se ve obligado a actuar de alguna forma para salvarle la vida, constituyéndose en esta forma el típico estado de necesidad.

Ahora bien, el artículo 7 de la Ley 23 de 1981, en su literal a), excusa al médico de la obligación general de prestar asistencia, cuando “el caso no corresponda a su especialidad”. Esto es comprensible, según lo hemos visto, porque aun cuando se posea un título universitario que lo autorice a ejercer sin restricciones, su sentido ético le indicará muchas veces que, debido a las especiales circunstancias del caso, hará mejor en remitir al paciente a un colega que domine el campo específico. El mundo actual ha contemplado un avance de la ciencia que ha impuesto los ‘especialismos’ de que hablaba Ortega y Gasset, y así un hombre de ciencia “conoce muy bien su porciúncula del universo”, pero siendo honesto, debe confesar que tratándose de dominios de saber que pertenecen a otros, su conocimiento en esos campos es restringido.

De modo que siendo un imperativo ético rehusar la atención siempre que exista la posibilidad de que un colega, verdadero especialista en el campo determinado que involucre la enfermedad del paciente, se encargue del asunto, el no hacerlo implica la asunción de la responsabilidad por el fracaso. Por otro lado, si se encuentra suficientemente capacitado, su actividad será la de un experto y no habrá de temer por acusaciones de incompetencia, llamada técnicamente culpa por impericia.

Como puede inferirse, no basta con exhibir un título genérico de idoneidad, cuando las circunstancias habrían ameritado y permitido que el paciente fuera puesto en manos de un especialista. A contrario sensu, puede descartarse sin mayor análisis la pretensa responsabilidad de quien, en situación crítica, no ha tenido más alternativa y ha debido aceptar el reto que la enfermedad o la muerte de su semejante le imponen, consciente de su poco saber o experiencia. Esta excepción al deber general de cuidado interno, funciona exclusivamente como eso: como excepción.

3. DEBER GENERAL DE CUIDADO

Los profesionales encartados han transgredido de manera flagrante el deber de cuidado que debe acompañar todo acto médico. Miremos también este aspecto.

La vida en sociedad, por sus conocidas características, obliga a las personas a lo que se denomina deber general de cuidado, para frenar actos y conductas que atenten contra el derecho ajeno. Según E. Montealegre (1988), el deber de cuidado se basa en tres aspectos: la Ley, la experiencia vital y los juicios comparativos.

En medicina existen varias disposiciones que regulan el ejercicio médico, las más importantes son:

1. La Ley 14 de 1962, que define el ejercicio de la medicina y la cirugía en los términos antes citados.
2. La Ley 23 de 1981, o Código Colombiano de Ética Médica, que a su vez se encuentra reglamentado por el Decreto 3380 de 1981.
3. Una multitud de sentencias de las máximas autoridades jurídicas del país, entre las que recientemente destacan la sentencia C- 377 de la Corte Constitucional, con la ponencia del Profesor Jorge Arango Mejía, que en Agosto 25 de 1994 expresa: “[...] decir que el ejercicio de la medicina por parte de los empíricos no implica un riesgo social, constituye no solamente un contrasentido evidente, sino la pretensión de aplicar a la profesión médica lo previsto por la Constitución para ‘ocupaciones, artes y oficios que no requieren formación académica’ y cuyo ejercicio - por lo mismo - es libre.”

Y la que hace referencia a los títulos de idoneidad profesional (Sentencia T- 408 de 1992, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández G): “[...] la carencia de título o la falta de los documentos que acreditan legalmente la idoneidad para ejercer una profesión, facultan - y aun obligan- a la autoridad a impedir ese ejercicio para hacer cierta la prevalencia del interés general.”

El filósofo británico John Locke enuncia la regla de oro de la moral racional, que habría de incorporarse en el ejercicio médico: “Compórtate como quieras que otro se comporte contigo”. En medicina, el deber de cuidado es permanente. Si bien es cierto que los médicos no pueden garantizar el éxito de un tratamiento o intervención, deberán responder por los daños si se prueba la presencia de uno de los causales de culpa.

“[...] Es evidente que en la mayoría de las intervenciones quirúrgicas y los tratamientos médicos existe una cierta incertidumbre en cuanto a sus resultados y un riesgo que puede ocasionar un daño que deberá soportar el paciente, pues de ellos no puede hacerse responsable a quienes los realicen o lleven a cabo, puesto que mal podría pensarse que ellos estén garantizando el riesgo o el éxito de la intervención o del tratamiento.

Pero lo que sí debe ser cierto y quedar claro es que cuando tales intervenciones o tratamientos no se acomodan a los requisitos de diligencia y cuidado que para el caso y en cada época recomiendan la ciencia de la medicina y el arte de la cirugía, es apenas natural que si el juez encuentra de las pruebas aportadas que esos requisitos faltaron y se produjo el daño, debe inferirse que tuvo como causa esa falta de acomodamiento.” Consejo de Estado. Expediente 5902. 24 de Octubre de 1990. Magistrado ponente: Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.

El deber de cuidado interno, hace referencia a la conciencia de las propias limitaciones y capacidades antes de emprender un acto médico. Y si el avance de la medicina en los últimos años no ha tenido parangón en la historia universal, debemos ser conscientes de la imposibilidad de cubrir todos sus campos especializados por quien simplemente posea un título de médico general. Este punto es de suma importancia en nuestro país: De acuerdo con la ley, el solo hecho de poseer la licencia para ejercer medicina acredita, en teoría, para efectuar actos médicos de cualquier tipo en cualquier paciente, lo que, dadas las circunstancias actuales del conocimiento, es absurdo. Esto ha constituido una especie de coraza para que médicos sin experiencia aceptable y sin escuela de ninguna clase, se aventuren en procedimientos que deben ser parte de

un entrenamiento formal en hospitales autorizados y con profesores calificados.

Ha cambiado en nuestro medio el significado de lo que es excepción para convertirse en regla general. En las páginas de los periódicos, haciendo gala de la libertad de expresión, se anuncia toda una caterva de charlatanes que ofrecen curas milagrosas y tratamientos infalibles para los males que la ciencia considera hasta hoy como incurables. Son ‘especialistas’ en hacer milagros y prometen lograr lo que la medicina no ha podido en siglos de trabajo serio; engañan así a los incautos, los enredan en una maraña de términos incomprensibles y luego los despojan de sus recursos económicos.

En muchos casos se trata de médicos graduados que, prevalidos de esta autorización general del Estado colombiano, incursionan por caminos ‘alternativos’ en donde falta el piso firme con que la ciencia ha enladrillado el conocimiento. Por estos terrenos movedizos, muchas personas están hoy andando el poco camino que les queda luego de un desahucio médico.

No es cuestión de descalificar ninguna forma de saber. No se niega la posibilidad de otro conocimiento. No se discute la existencia o efectividad ocasional de dichas formas de sanar. Se defiende el derecho del enfermo de no ser abusado; se predica la necesidad de una ética afincada en el supremo valor de la honestidad médico-científica, para no vender milagros, para no garantizar resultados, para no decir con el fin de conseguir, mientras interiormente se sabe que ese decir es falso e improbable.

El tercer principio de la ética médica reza: “Tanto en la sencilla investigación científica [...], como en la que se lleve a cabo con fines específicos y propósitos deliberados, por más compleja que ella sea, el médico se ajustara a los principios metodológicos y éticos que salvaguardan los intereses de la ciencia y los derechos de la persona, protegiéndola del sufrimiento y manteniendo incólume su integridad.”

Por esto, la experimentación utilizando a estos seres humanos enfermos, ya no puede considerarse iatrogénica, sino que invade el campo de la responsabilidad jurídica; y el método será considerado experimental, mientras no ofrezca el grado de certeza o seguridad científica aceptado.

Todos estos novedosos métodos para curar que se venden hoy por prensa, radio y televisión al incauto o desesperado enfermo, todavía sin control suficiente en las leyes, entrañan un abuso por parte de quien los ofrece; y si la persona que lo hace se escuda en un título universitario, está faltando a este deber de cuidado interno, a esta obligación de ser consciente de sus capacidades y sus limitaciones, y de obrar de acuerdo con esa conciencia.

La única excepción es el estado de necesidad. Si un médico rural se encuentra en una localidad remota sin apoyo de ningún tipo, los casos de urgencia que no se puedan remitir los debe atender como pueda, intentando salvar la vida de sus pacientes. Si se comete un error por impericia, la ley debe tener en consideración las circunstancias en que se cometió el error, pues, al fin y al cabo, la salud es responsabilidad directa del Estado, que no puede enviar los especialistas ni los medios de atención mínima a todos los sitios en donde se necesitan y, en un esfuerzo por 'llevar salud' a regiones abandonadas del país, coloca en esos sitios a médicos recién graduados, sin la suficiente experiencia ni la dotación necesaria, haciéndolos responsables de la salud de comunidades enteras.

Otra cosa es permitir la práctica de actos médicos complejos o intervenciones quirúrgicas de alto riesgo en los sitios en donde el beneficio de los especialistas se encuentra presente. Desde este punto de vista, debería prohibirse la práctica de procedimientos especiales a quienes no hayan sido capacitados para tales efectos. Para decirlo más claramente: el ejercicio médico debe regularse y, salvo estados de necesidad, debe clasificarse por niveles lo que un médico puede o no puede, debe o no debe hacer.

Por lo tanto, el primer paso en la aceptación de las limitaciones es no irrumpir en campos en los cuales la experiencia no se posee o se ha adquirido sin la norma universitaria de la denominada ‘escuela’.

Ya se dijo que la Ley 23 de 1981 menciona la realidad de las especialidades médicas en su artículo 7: “Cuando no se trate de casos de urgencia, el médico podrá excusarse de asistir a un enfermo o interrumpir la prestación de sus servicios, en razón de los siguientes motivos:

- a. Que el caso no corresponda a su especialidad
- b. Que el paciente reciba la atención de otro profesional que excluya la suya
- c. Que el enfermo rehúse cumplir las indicaciones prescritas”

El mismo deber de cuidado implica a su vez un conocimiento a fondo del paciente, de sus condiciones individuales, de sus circunstancias agravantes y de las mejores opciones terapéuticas a su enfermedad o dolencia.

4. PERITAZGOS EN RESPONSABILIDAD MÉDICA

Como se ha mencionado, fue solicitada la opinión pericial de dos especialistas antes de tomar la decisión sancionatoria en el presente caso

Las pericias en el campo médico generalmente no son resueltas por un solo perito médico, siempre se requerirá de un equipo multidisciplinario, en lo que se pudo llamar en alguna oportunidad las pericias colectivas o colegiadas. La evacuación del caso estará en manos de grupos de expertos o científicos, encargados de hacer la evaluación esencial, en relación a la norma de atención o Lex artis.

Son cuatro los principios primordialmente tenidos en cuenta: el deber, la norma de atención, el daño y la relación causa efecto

El principio del deber: Nace de la relación médico-paciente y todo lo que esto conlleva, en el peritazgo médico no se tiene en cuenta, ya que

es un problema básico del resolutor o juzgador, quien debe verificar el tipo de relación existente, identificar quien o quienes realizaron la atención y su correspondencia (Ej.: si era el encargado de atenderlo, si era el médico que se encontraba de turno, quien o quienes lo acompañaron, cual el tipo de vinculación laboral del profesional con la institución, etc.).

La norma de atención: Esta es establecida por los colegios médicos, pero en Colombia no existen tales, sino escuelas de medicina pero muy generalmente se desconoce cuál es la realidad de lo que se enseña.

Hay que tener en cuenta razonadamente que se ven aquí conceptos que son teóricos en contraposición de una realidad procesal, para lo cual es importante considerar quién es la persona que se investiga.

Existe una base de análisis en la Norma de Atención:

1. Cada cuadro clínico tiene un diagnóstico
2. Todo diagnóstico genera una conducta médica específica
3. La conducta médica incluye: a) qué hay que hacer, b) quién debe hacerlo, c) cuándo se debe hacer, d) cómo se debe hacer, e) para qué se debe hacer.

El análisis concienzudo de la norma de atención exige si no un conocimiento grande y completo de las diversas actividades en medicina en razón además que sería imposible una organización clara que permita contemplar la participación en la resolución de estos cuestionamientos de un equipo médico también especializado y específico para el tema a resolver, conformando lo que podría llamarse comités ad hoc, comités colegiados, o asesores expertos con la obvia finalidad de luego del estudio pertinente concluir con argumentos y fundamentación el caso.

Sobre el daño existe gran documentación pertinente. En la determinación de la existencia de daño, en principio es la lesión misma y lesión es el nombre que tiene la alteración patológica específica.

Desde el punto de vista forense el daño en los vivos se determina por la presencia de las lesiones que dan como consecuencia la determinación de una incapacidad y la presencia o ausencia de secuelas. En los muertos, el daño se determina en el establecimiento de la causa de la muerte, su mecanismo y la manera de muerte.

En el estudio del principio de relación causa efecto se busca establecer dos hechos relevantes: 1) si existió violación del deber, y 2) si existió violación de la norma de atención.

Pero en ello se pueden presentar las siguientes situaciones:

- A. Que existió violación del deber y de la norma de atención pero no se produjo daño. En este caso se genera responsabilidad de tipo administrativo, ético o penal (no en Colombia).

Aquí se podrían mencionar como ejemplos algunos como: por parte de un anestesiólogo, no llevar registro de anestesia; en general para todos los médicos, no llevar registros médicos, anotaciones, historia clínica. En un parto normal el uso innecesario de oxitócicos que exponen la paciente a un riesgo innecesario.

- B. Que sí se produjo daño. Tendremos entonces que dilucidar cuáles es el evento médico-legal en el proceso: iatrogenia, accidente, complicación, mala-práctica

Al juez sólo le interesa saber si el resultado fue adverso por lo que hay que resolver si falló el deber o la norma de atención. Y a la vez, si se hizo un esfuerzo máximo, esfuerzo usual, o un esfuerzo mínimo para evitar la presentación del daño.

Iatrogenia: Puede catalogarse como un daño para el paciente directo o indirecto, producido por el médico, inevitable y cumpliéndose la norma de atención. (Paciente que recibe radioterapia y esta le produce proceso pulmonar de fibrosis y falla respiratoria consecuente. De la quimioterapia se produzca alopecia en lo menos grave o alteraciones asociadas de su sistema inmunológico que facilita la presencia de infecciones).

Accidente: Evento súbito, repentino e imprevisto y no existe así mismo violación de la norma de atención y donde es importante distinguir, prever y prevenir (la presencia de un shock anafiláctico luego de la administración de algún medicamento; la extracción de un catéter por parte del paciente al despertar de un procedimiento anestésico).

Complicación: Es un evento tardío o inmediato también con el nexo de causalidad directo o indirecto de la actuación del médico con producción de un procedimiento no ideal y debe estar enmarcado dentro de la teoría del riesgo previsto (la presencia de infección urinaria en paciente que es manejado con sonda uretral).

Mala Práctica: En Colombia la mala práctica no está tipificada como delito en sí, pero ésta puede catalogarse en dolosa, culposa y relacionada con incompetencia profesional.

Los generadores de culpa dentro de la responsabilidad médica igualmente son: imprudencia, impericia, negligencia, violación de la norma de atención y violación de las normas reglamentarias

Se ha mencionado que los peritos han sido de gran benevolencia y muy prudentes en sus opiniones. Si se comparan los hechos ocurridos con las opiniones emitidas por los expertos, puede colegirse la benignidad de los mismos

5. SOBRE LA IMPRUDENCIA Y NEGLIGENCIA EN EL PRESENTE CASO

Mencionamos al principio que el manejo del paciente fue imprudente y negligente en todo momento por parte de los médicos acusados. Revisemos brevemente los argumentos que apoyan el decir de esta superioridad

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la PRUDENCIA así:

“(Del lat. prudentia) f. Rel. Una de las cuatro virtudes cardinales, que consiste en discernir y distinguir lo que es bueno o malo, para seguirlo o huir de ello. 2. Templanza, cautela, moderación. 3. Sensatez, buen juicio” (Vigésima Primera Edición, 1992, pág. 1685)

Como puede observarse, dentro de las tres acepciones de la definición se encierran los principios del cuidado. Por ello, todos los miembros de la sociedad tenemos la obligación de cuidar nuestros actos, con el objeto de evitar daños a los demás, en aras del beneficio común.

Ese deber de cuidado de nuestros actos debe ser tanto interno como externo. El primero, es decir, EL CUIDADO INTERNO, se refiere a la consciencia de las propias limitaciones y capacidades antes de emprender un acto médico. El mismo deber de cuidado implica a su vez un conocimiento a fondo del paciente, de sus condiciones individuales, de sus circunstancias agravantes y de las mejores opciones terapéuticas a su enfermedad o dolencia. Y, el segundo, verbigracia EL CUIDADO EXTERNO, se refiere a evitar acciones peligrosas dentro de la medicina y a ejercer dentro de los riesgos previstos (artículos 15 y 16 de la Ley 23 de 1.981). Aunque la medicina NO es una actividad peligrosa, algunos de sus procedimientos pueden constituir un peligro tanto para el médico, como para el paciente.

Cuando nos referimos a la prudencia, siempre estamos pensando en la previsión y la prevención, ya que estos dos conceptos son elementos esenciales de cuidado.

Prever es la capacidad de ver con anticipación, de pronosticar un resultado futuro aproximado cuando se ejecuta una acción.

Prevenir consiste en tomar todas las medidas necesarias para que un resultado dañoso no se produzca.

Es importante tener en cuenta que cuando se hable de culpa, al mirarse si la persona fue imprudente, inexperta o negligente, deberá compararse su conducta con la de una persona de iguales características y en igualdad de circunstancias. En el caso médico, diríamos que si

se investiga a un especialista en cirugía por negligencia, su conducta deberá juzgarse basados en la conducta de otro cirujano de iguales condiciones.

El acto médico prudente se basa entonces en el conocimiento profundo de las condiciones del enfermo, en la aceptación de las propias limitaciones, la planeación reflexiva del mejor camino terapéutico a seguir, la previsión de la mayoría de formas de complicación y la permanente vigilancia de resultados adversos y no deseados.

IMPRUDENCIA: (Del lat. imprudentia.) f. Falta de prudencia. 2. Acción o dicho imprudente. temeraria. Der. Punible e inexcusable negligencia con olvido de las precauciones que la prudencia vulgar aconseja, la cual conduce a ejecutar hechos que, a mediar malicia en el actor, serían delitos. (Vigésima Primera Edición 1.992, pág. 1149)

La imprudencia consiste entonces en un obrar sin aquel cuidado que según la experiencia corriente debe tenerse en la realización de ciertos actos; es un comportamiento defectuoso resultante de una respuesta al estímulo que la provoca sin que el sujeto haya realizado la suficiente valoración sobre la oportunidad o inoportunidad, conveniencia o inconveniencia, de la reacción y, desde luego, sin la suficiente graduación de la intensidad de su efecto. Así vemos, que se trata de una falla de la esfera intelectual del sujeto, que lo lleva a desplegar una conducta sin las precauciones debidas en el caso concreto.

Cuando un conductor guía su vehículo a una velocidad excesiva por una calle bastante concurrida, diremos que su obrar es imprudente.

En materia médica, podemos decir que la imprudencia consiste en una acción temeraria que se realiza a pesar de haberse previsto el resultado adverso que ocasiona el daño en el enfermo. Esto equivale a efectuar un acto médico sin las debidas precauciones o a no implementar las medidas que puedan evitar o atenuar un resultado no deseado y nocivo para el paciente. Es la conducta opuesta a la que aconsejarían la experiencia y el buen sentido de un especialista en determinado aspecto de la medicina.

Refiriéndose al tema que tratamos, el Profesor Carlos M. Arrubla expresa:

“... el criterio objetivo que rige la calificación de una conducta como imprudente, viene dado por la siguiente regla: un resultado perjudicial para un paciente, será objetivamente previsible, si lo hubiera sido para cualquier otro médico puesto en la situación del actuante, conociendo los antecedentes del caso, y en el mismo estado técnico-científico de la medicina en general, y de la especialidad en particular...”

Si bien la imprudencia se define como un hecho en el cual no media la intención de dañar, el acto imprudente precede a la calamidad pues se acompaña de falta de previsión o de ausencia de precaución. Cuando el acto es de tipo omisivo, prima la negligencia. Cuando se debe a falta de conocimiento de lo que debería saberse, la hipótesis culposa se basa en la impericia. Sin embargo, puede haber violaciones simultáneas (impericia, negligencia e imprudencia) del deber de cuidado que la sociedad exige a cada uno de sus miembros.

Al respecto, la Honorable Corte Suprema ha dicho:

“el facultativo está obligado a desplegar en pro de cliente los conocimientos de su ciencia y pericia y los dictados de su prudencia sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de este”

En igual sentido, expresó:

“En consecuencia el médico tiene el deber de poner todo su cuidado y diligencia siempre que atienda o intervenga a sus pacientes, con el fin de procurar su curación y su mejoría, así que cuando por su negligencia, descuido u omisión causa perjuicios en la salud de aquéllos, incurre en una conducta ilícita, que será calificada por el juez, según su magnitud, desde la simple culpa hasta la más grave, para así mismo imponer al demandado la respectiva condena a indemnizar a las víctimas del daño causado”

Así mismo la Corte ha dicho:

“en las obligaciones de medio, el trabajo de apreciación por parte del juzgador, es a menudo delicado, porque aquí no hay lugar a confundir el incumplimiento con la culpa. No basta para deducir la responsabilidad del deudor, comprobar la existencia de una inejecución, sino que se hace indispensable estimar si ella es culposa, para lo cual debe compararse la conducta del deudor, con la que hubiera observado un hombre de prudencia ordinaria, normal y usual, colocado en la misma situación objetiva de aquél. Si el resultado de la comparación es desfavorable al deudor, surge entonces la responsabilidad”

Como puede verse, es claro que las obligaciones de los médicos son de medio y no de resultado y, por ello, como indicamos anteriormente, la valoración de su conducta debe juzgarse teniendo en cuenta lo que otro profesional de la medicina de iguales calidades y en las mismas circunstancias hubiera hecho en forma prudente en un caso similar.

Volviendo al concepto de imprudencia, diremos entonces que, es la falta de previsión de las consecuencias de una acción, o el hecho de pensar evitarlas a pesar de haberlas previsto. Es, por lo tanto, una forma de conducta ligera o descuidada, de la cual había que abstenerse. Es exceso de acción que coloca al paciente por fuera del riesgo previsto, sea por inobservancia de reglamentos, precipitud, falta de tiempo de dedicación necesaria al paciente, procedimientos temerarios, experimentación ilegal, no aceptación de las limitaciones propias, etc. Es, como algunos lo han denominado, una especie de “culpa consciente”

Algunos tratadistas afirman que no existe mayor diferencia entre la culpa médica y la culpa común. Aparentemente, la culpa por imprudencia es la menos difícil de evaluar e juzgar, pues en teoría nace de la lógica elemental de los actos humanos.

Consideramos entonces, que cuando deba tratarse el tema de la culpa médica, la valoración de cualquiera de los elementos constitutivos de ésta (impericia, imprudencia o negligencia), deber ser realizada por

galenos de reconocida probidad, adscritos a facultades de medicina, sociedades o entidades médico-científicas de prestigio, institutos de Medicina Legal y grupos de peritazgo especializado, entre otros.

Dentro de estos criterios de evaluación de impudencia médica, debemos tener en cuenta el apoyo en la denominada Lex Artis Ad Hoc o “Ley del Arte” o regla de la técnica de actuación de la profesión, es decir, de la evaluación sobre si el acto ejecutado se ajusta a las normas de excelencia del momento.

La Lex Artis se basa en el cúmulo de conocimientos de la profesión en el momento en el cual se juzga o evalúa la acción médica y lo que con ella se obtiene. En resumen, la Lex Artis orienta a través de una serie de normas técnicas y procedimientos que pueden aplicarse en situaciones similares. Debido a la diferencia de criterios entre las personas, se establece por analogía y su evaluación corresponde a quienes conocen la profesión con mayor profundidad.

Desde el punto de vista de procedimientos médicos, cuando un paciente es tratado en un Hospital o Clínica, puede serlo en varias formas, cada una de las cuales origina un tipo especial de responsabilidad, como en los siguientes casos: bajo la dirección del médico que ordena el tratamiento, en cuyo caso los demás participantes son dependientes, como cuando en una cirugía participan el cirujano, el residente y la instrumentadora.

El primero será el director del grupo y los otros sus dependientes. Otro tipo de situación se presente cuando intervienen simultáneamente diversos miembros con responsabilidades claramente establecidas, como por ejemplo, el cirujano y el anestesiólogo. En cuanto a los actos asociados, pero independientes, el caso podría darse cuando el paciente requiere de varios servicios, como por ejemplo del ginecólogo, del laboratorio y radiología.

Cuando se ocasiona daño debido a una acción imprudente, la responsabilidad puede imputarse a cualquiera de estos niveles. Así, la culpa originada en imprudencia por parte del director del equipo,

presume una responsabilidad que recae en el actor principal del daño. Aquella que parte de error no excusable de uno de los integrantes del equipo dependientes de su director, implica responsabilidad para ambos.

Cuando no se puede delimitar la causa exacta del daño originado en acción imprudente de equipo o no se puede atribuir la responsabilidad a un miembro en particular del equipo, la responsabilidad es colectiva. se basa en la necesidad de reparar el perjuicio, no obstante la imposibilidad de identificar el causante del daño, por lo complicado del procedimiento; de esta forma, además, la ley previene la posibilidad de un encubrimiento por parte de los demás miembros del equipo.

Negligencia, la actitud contraria a la diligencia, es sinónimo de abandono, dejadez, desidia, descuido e incurria. Es un acto mediante el cual se viola un deber de atención, estando en capacidad intelectual y técnica de preverlo.

Decimos entonces que es negligente la persona que por descuido omite la realización de una conducta a la que estaba jurídicamente obligada o cuando despliega tal conducta pero sin la diligencia necesaria para evitar un resultado dañoso no deseado.

En el caso de los médicos, la negligencia ha sido tal vez el elemento que más ha servido para determinar la responsabilidad profesional.

La Corte Suprema de Justicia manifiesta a este respecto:

“... el médico tiene el deber de poner todo su cuidado y diligencia siempre que atienda o beneficie a sus pacientes con el fin de probar su curación o mejoría; lo que por negligencia, descuido u omisión cause perjuicio a la salud de aquellos incurre en una conducta ilícita que será calificada por el juez según su magnitud...” ((Jurisprudencia y Doctrina. Legis. tomo XVI. 184. P 322. Abril/87).

Como vemos, se habla de negligencia cuando, a pesar del conocimiento de lo que debe hacerse, se omite la conducta obligada y por lo tanto se produce un daño. Equivale a descuido u omisión. Aquí entran gran

número de posibilidades, entre las que se incluyen todos los registros defectuosos en las historias clínicas.

El Código Civil en su artículo 2356 se refiere a la negligencia en los siguientes términos:

“... por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta...”.

Se parte de la idea de que se comporta con negligencia quien viola un deber de atención.

La negligencia puede ser conciente o inconciente. El primer evento se refiere a aquella situación en la que conociendo la posibilidad de un resultado dañoso, es decir, previendo que ese resultado puede darse, no se toman las precauciones necesarias para evitar su realización. Es inconsciente cuando no se previó el resultado dañoso que a la luz del conocimiento debió haberse previsto y, en consecuencia, no se tomaron las medidas de precaución para evitar su producción.

Un ejemplo claro de la negligencia conciente sería el caso en el que un paciente es programado para una cirugía sobre el páncreas y el médico no se reserva con anticipación la cantidad necesaria de sangre para transfundir en caso de hemorragia, que es muy frecuente en este tipo de intervenciones. En el acto quirúrgico se presenta lesión de uno de los vasos pancreáticos con sangrado abundante que lleva al paciente a estado de choque hipovolémico y, al no disponerse de sangre, el paciente fallece.

En cuanto a la negligencia inconsciente, podría ilustrarse tal situación en el caso en que un especialista decida intervenir quirúrgicamente a un paciente y sabiendo que eventualmente podría requerir el concurso de un especialista de otra rama, omite avisar a éste de tal procedimiento. Al llevar a cabo la intervención quirúrgica, efectivamente se presenta la complicación que se tenía como posible y por ella el paciente muere.

RESPECTO DE LA NULIDAD SOLICITADA

Este Tribunal Nacional acoge los argumentos del tribunal de primera instancia que se han resumido en la siguiente forma:

- Nunca se violó el derecho a la defensa, pues jamás se opuso el tribunal a la participación de los acusados o sus respectivas defensas en los interrogatorios de parte. Por el contrario, no se hicieron presentes en las respectivas diligencias y no expresaron en ningún momento su intención de contrainterrogar o contradecir los testimonios ordenados en el proceso.
- El testimonio del doctor Rincón Correa no fue relevante frente a la certeza de trasgresión de las normas éticas endilgada a los acusados
- La defensa jamás demostró de manera cierta y real en qué forma afectó la supuesta mala actuación procesal del derecho a la defensa del acusado

Con todas las consideraciones previas, se concluye que el lamentable acto médico que llevó a la muerte a este paciente puede ser calificado de imprudente y negligente. Y de nuevo reiteramos que la sanción impuesta fue excesivamente benévola por parte del tribunal de primera instancia. Sin embargo, en aras de no trasgredir el principio procesal de la prohibición de la reformatio in pejus, debemos simplemente confirmar la leve sanción impuesta por el tribunal seccional.

Son suficientes las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de las facultades que le otorga la Ley 23 de 1981.

RESUELVA

ARTICULO PRIMERO. Confirmar, como en efecto confirma, la sanción impuesta al doctor JORGE OSWALDO ROJAS GONZALEZ, identificado con cc N 7.228.565 de Duitama de censura escrita y privada.

ARTICULO SEGUNDO. Confirmar, como en efecto confirma, la sanción de censura escrita pero privada al doctor JORGE ELIECER SANCHEZ ARCHILA, identificado con cc N 19.111.563 de Bogotá.

ARTICULO TERCERO. No aceptar la nulidad interpuesta por la defensa del médico JORGE OSWALDO ROJAS GONZALEZ, por las consideraciones de la parte considerativa de esta providencia.

ARTICULO CUARTO. Enviar el proceso al tribunal de origen para lo de su competencia.

ARTICULO QUINTO. Contra la presente providencia no caben recursos

COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente- Presidente;

GERMAN PEÑA QUIÑONES, Magistrado;

LUIS ALBERTO BLANCO RUBIO, Magistrado.

No firma por ausencia justificada

EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado.

No firma por ausencia justificada

JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado;

EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico;

MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

**PROHIBICIÓN DE ANESTESIAS SIMULTÁNEAS.
PRESCRIPCIÓN POR DEMORAS
INJUSTIFICADAS.**

Bogotá, marzo siete (07) del año dos mil seis (2006).

**SALA PLENA-SESION No. 862 DEL SIETE (7) DE MARZO
DEL AÑO DOS MIL SEIS (2006).**

REF: Proceso No 528. Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia
Contra: Doctores José Valencia Palacio y Álvaro Rodrigo Mesa López
Denunciante: Médicos Asociados S.A.
Asunto: Recurso de Apelación

Magistrado Ponente: Dr. Juan Mendoza-Vega M.D.
Providencia No. 07-2006

VISTOS:

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia, en sala plena del 20 de Enero de 2006, resolvió no decretar la prescripción del proceso ético-disciplinario radicado bajo el número 528, contra los doctores José Valencia Palacio y Álvaro Rodrigo Mesa López.

En escrito sin fecha, recibido en el tribunal seccional el 26 de Enero de 2006, el abogado defensor del disciplinado Valencia Palacio presentó recurso de apelación contra la providencia mencionada.

Mediante providencia del 14 de Febrero de 2006, el tribunal seccional concedió la apelación impetrada, por lo que remitió las diligencias al Tribunal Nacional de Etica Médica. El cuaderno que contiene el expediente se recibió en el Tribunal Nacional el día 17 de Febrero de 2006; puesto para reparto en la sala plena del 21 de Febrero, correspondió por sorteo al Magistrado Juan Mendoza-Vega.

Cumplidos los términos, se procede a decidir de acuerdo con los siguientes

HECHOS:

Con fecha 20 de Noviembre de 2000, el doctor Luis Fernando Bravo Múnera, obrando en su condición de gerente de la sociedad Médicos Asociados S.A. domiciliada en Medellín, presentó ante el Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia queja formal y solicitud de apertura de proceso ético-disciplinario contra el doctor Álvaro Rodrigo Mesa López, anestesiólogo vinculado a la mencionada sociedad, por presunta violación a las normas del ejercicio profesional, consistente en administrar anestесias simultáneas a pacientes que fueron intervenidos quirúrgicamente en la Clínica El Sagrado Corazón, de propiedad de la sociedad ya aludida; concretamente, citó dos casos que habrían tenido lugar el día 4 de septiembre de 2000. El dicho tribunal recibió también traslado, con fecha 1 de Diciembre de 2000, de una queja instaurada ante la Superintendencia de Sociedades por el doctor Álvaro Rodrigo Mesa López, y decidió con fecha 4 de Diciembre de 2000 tomar la comunicación de la Superintendencia de Sociedades como queja y abrir averiguación preliminar sobre el caso, para lo que designó como magistrado instructor a la doctora Lucía Márquez Velásquez.

Como resultado de dicha averiguación preliminar, el tribunal de primera instancia resolvió, en Sala Plena del 15 de Marzo de 2004, formular pliego de cargos a los dos profesionales disciplinados “por la violación de los artículos 10 y 15 de la Ley 23 de 1981”.

Notificada la providencia, el abogado del doctor José de Jesús Valencia Palacio, doctor Harold Mauricio Hernández Beltrán, solicitó con fecha 31 de Marzo de 2005 la nulidad de toda la actuación procesal a partir “de la diligencia de indagatoria de mi defendido”; el tribunal de primera instancia negó la nulidad el 25 de Abril de 2005 y continuó la actuación, en la cual señaló como fecha para la diligencia de descargos el día 6 de Febrero de 2006. El abogado Hernández Beltrán solicitó, en

escrito sin fecha recibido en el tribunal seccional el día 9 de Diciembre de 2005, que se decretara “el fenecimiento de la potestad disciplinaria por prescripción de la acción ético-disciplinaria”, solicitud que sustentó en el mencionado escrito (folios 190 a 197 rectos).

El tribunal de primera instancia, mediante providencia aprobada en Sala Plena del 23 de Enero de 2006, resolvió no decretar la prescripción y mantener la fecha ya fijada para la diligencia de descargos; el abogado defensor del doctor Valencia Palacio presentó el 26 de Enero de 2006 y “como único el recurso de apelación” contra la mencionada providencia; la apelación fue sustentada el 6 de Febrero de 2006 y el tribunal de primera instancia la concedió en el efecto suspensivo el 14 de Febrero y envió el cuaderno que contiene las diligencias a este Tribunal Nacional.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Es evidente que los actos presuntamente violatorios de las normas ético-disciplinarias médicas y que son la base del presente proceso, ocurrieron por última vez procesalmente probada el 4 de Septiembre del año 2000, y a la fecha han transcurrido cinco años y cinco meses, o 65 meses.

Como sustentación del recurso, el abogado defensor del doctor Valencia Palacio afirma que se deben aplicar a este proceso las normas sobre reducción general de los términos de prescripción contenidas en el artículo 531 de la Ley 906 de 2004; que no son aplicables, en cambio, las excepciones previstas en la misma disposición para las investigaciones que, al momento de entrar ella en vigencia, tuvieran “cierre de investigación”, por cuanto en el proceso ético-disciplinario médico no existe esa figura procesal y cualquier aplicación de normas penales por analogía se haría “*ad malam partem*”, de manera perjudicial para el disciplinado, lo cual está explícitamente prohibido como violatorio del principio de favorabilidad, de las normas del debido proceso y aún del inciso tercero del artículo 29 de la Constitución Política colombiana.

Para este Tribunal Nacional los argumentos de la defensa se ajustan a la más razonable hermenéutica de las disposiciones contenidas en la Ley 23 de 1981 y en las normas a las cuales ella hace remisión explícita para lo no previsto en sus artículos. La prescripción de la acción penal es un instituto liberador, que busca ofrecer al ciudadano la cesación de todo procedimiento legal contra él cuando el Estado, pasado un tiempo razonable fijado por la ley, no haya sido capaz de llevar a término un proceso con las formalidades debidas y sancionarlo o absolverlo según lo merezca. La interrupción del tiempo de prescripción es algo que puede fijar la ley como medio para disminuir las posibilidades de impunidad, pero tal medida tiene carácter ciertamente desfavorable para quien caiga bajo su imperio; pretender extenderla por el procedimiento de la analogía no ha lugar, como lo señalan los tratadistas, entre ellos Guillermo Cabanellas en su “Diccionario Enciclopédico del Derecho” donde afirma: “*Cuando se restringe o se excluye la analogía penal es en lo denominado **ad malam partem**, en perjuicio del acusado o reo*”.

Como lo ha sostenido este Tribunal, es forzoso decretar de inmediato la prescripción y ordenar la preclusión de cualquier proceso cuando se tiene la evidencia de que ha transcurrido el tiempo necesario para la prescripción de la acción ético-disciplinaria médica al tenor de lo dispuesto en el Código Penal, que debe aplicarse por cuanto en el Código de Procedimiento Penal, al cual remite expresamente la Ley 23 de 1981 en su artículo 82, se prevé el fenómeno de la prescripción de la acción penal pero no están fijados los términos respectivos. En el caso que se examina, los términos de prescripción se hallan sobradamente cumplidos, sea que se acepte la reducción de los términos al tenor del artículo 531 de la Ley 906 de 2004 o que, en posición más rígida y ya discutida y rebatida por este Tribunal, se insista en conservar los fijados en el Código Penal, que son de cinco años, pues los hechos ocurrieron cinco años y cinco meses atrás, por lo que será necesario concordar con las pretensiones de la defensa.

A este Tribunal Nacional le preocupa el lapso tan prologado entre la aceptación de la queja y la formulación de cargos, así como entre ésta

y la fecha fijada para la diligencia de descargos; en ambos casos, hay evidente incumplimiento de los términos perentorios fijados por la Ley 23 de 1981 en sus artículos 75 y 80, parágrafo.

Esta Corporación sostuvo ante el Tribunal Seccional de Antioquia (providencia No.17-2005) que no hay justificación

“...para que la justicia siga por un sendero de insoportable lentitud que lleve a la prescripción de las acciones por demoras injustificadas.

Al respecto dicen nuestras altas cortes:

Sentencia No. C-300/94

El artículo 29 de la C.P., reconoce el “derecho a un debido proceso público sin dilaciones justificadas”. Se concreta en el ordenamiento interno, el derecho que con similar formulación se consagra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966 (art. 14.3 c.), suscrito por Colombia.

La recta y pronta administración de justicia, deja de ser un simple designio institucional para convertirse en el contenido de un derecho público subjetivo de carácter prestacional ejercitable frente al Estado en los supuestos de funcionamiento anormal de la jurisdicción.

En ausencia de determinación legal, el concepto indeterminado “dilaciones injustificadas”, debe deducirse en cada caso concreto con base en pautas objetivas que tomen en cuenta, entre otros factores, la complejidad del asunto, el tiempo promedio que demanda su trámite, el número de partes, el tipo de interés involucrado, las dificultades probatorias, el comportamiento procesal de los intervinientes, la diligencia de las autoridades judiciales etc. Sin embargo, en ciertos casos, es el propio legislador, en guarda de valores superiores, el que determina el contenido y alcance del aludido concepto, para lo cual establece términos perentorios cuyo incumplimiento desata consecuencias que bien pueden mirarse como riesgos conscientemente asumidos por el ordenamiento para no lastimar un bien superior. En estos eventos, el derecho fundamental a un proceso público sin

dilaciones injustificadas, adquiere prevalencia sobre consideraciones puramente orgánicas y funcionales propias del aparato de la justicia.

Precisamente, la fijación legal de un término máximo de duración de la detención provisional, obedece al enunciado propósito. La duración de la privación temporal de la libertad, aplicable a las etapas de investigación y juzgamiento, consulta en una sociedad democrática el delicado equilibrio que debe mantenerse entre el interés legítimo del Estado de perseguir eficazmente el delito y sancionar a los culpables y, de otro lado, la necesidad de asegurar la libertad de las personas y la posibilidad de garantizar un proceso justo e imparcial.

A su vez, la Sentencia No. T-604/95 también expresa:

“Los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar...el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad”¹.

El artículo 29 de la Constitución consagra como derechos fundamentales, las garantías penales y procesales del sistema punitivo, que deben ser tenidas en cuenta por el legislador al momento de la definición legislativa, y por el juez al momento de la comprobación jurisdiccional.

Esta disposición se corresponde con el modelo garantista clásico, inspirado en los postulados de la ilustración y el liberalismo (legalidad, necesidad, lesividad, materialidad, jurisdiccionalidad, verificación, contradicción, etc.), y con los principios consagrados en los convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia.

Entre esas garantías se contempla el “derecho a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas” (artículos 29 inciso 4 de la Constitución; 8-1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14-3-C Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

¹ Luigi Ferrajoli. “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”. Ed. Trotta S.A., Madrid, 1995, Pág. 34.

La legislación procesal penal establece términos dentro de los cuales deben adelantarse las respectivas diligencias judiciales, y cuya dimensión debe estar condicionada por factores tales como “la naturaleza del delito imputado, su mayor o menor gravedad, el grado de complejidad que su investigación comporte, el número de sindicados y los efectos sociales nocivos que de él se desprendan.”² Esos términos deben ser respetados por el funcionario judicial, conforme al mandato expreso del artículo 228 de la Constitución: “Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado”.

El mero incumplimiento de los plazos no constituye por sí mismo violación del derecho fundamental indicado, ya que la dilación de los plazos puede estar justificada por razones probadas y objetivamente insuperables que impidan al juez o fiscal adoptar oportunamente la decisión.³

No obstante, la congestión en los despachos judiciales no puede aducirse como causal de las dilaciones en el proceso, pues no se puede hacer recaer sobre el procesado la ineficiencia o ineficacia del Estado⁴, desconociendo sus derechos fundamentales.

“Desde luego, vencido el término que no pudo cumplirse por el inconveniente justificado, resulta perentorio el trámite preferente para el asunto que no se alcanzó a definir a tiempo. De allí que no pueda admitirse de ninguna manera el aplazamiento indefinido de la resolución, estando obligado el juez o fiscal, en ese excepcional evento, a otorgar prioridad al proceso que resultó afectado por la causa justificada”.⁵

La prolongación injustificada de los términos procesales genera perjuicios al procesado, y así lo ha sostenido la Corporación en fallos anteriores:

2 Sentencia C-411 de 1993, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

3 Sentencia T-190 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

4 Sentencia C-301/93, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

5 Sentencia T-190/95. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

“No puede perderse de vista que, por otra parte, la permanencia indefinida de una persona a la expectativa de actos que resuelvan acerca de su situación jurídica, en especial cuando se tiene conocimiento público sobre la iniciación de procesos penales e investigaciones en su contra, ocasiona necesariamente un perjuicio a su honra y a su buen nombre. Si bien ello acontece como contingencia propia de la actividad estatal ordenada a la persecución del delito, la persona cuya conducta está subjudice tiene derecho a una definición pronta y cierta sobre el particular, de modo que la falta de observancia de los términos para hacerlo compromete también, inconstitucionalmente, la reputación del individuo y afecta su dignidad”⁶

También se aducen razones de índole político-criminal, tales como la afectación de la finalidad de la pena a imponer, la cual con el paso del tiempo, puede llegar a quedar desprovista de sentido.

La verdadera afectación causada por la dilación injustificada del plazo recae sobre la seguridad jurídica que el proceso penal debe garantizar, no sólo para las partes del mismo sino para la sociedad en su conjunto, ya que la certeza del derecho, es uno de los principios esenciales que informan al Estado de Derecho. ...”.

Será necesario entonces compulsar copias de esta providencia a la Procuraduría, Regional de Antioquia, para lo que estime pertinente.

Bastan las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de sus atribuciones legales,

6 Sentencia T-190/95, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

RESUELVA:

ARTÍCULO PRIMERO. Declarar que ha ocurrido el fenómeno de la prescripción de la acción sancionatoria en el proceso 528 adelantado por el Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia contra los doctores José Valencia Palacio y Álvaro Rodrigo Mesa López, y decretar la preclusión de la investigación.

ARTÍCULO SEGUNDO. Compulsar copias de esta providencia a la Procuraduría Regional de Antioquia.

ARTICULO TERCERO. Devolver el expediente al tribunal de origen, para su archivo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Presidente- Magistrado Ponente;
EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado;
FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado;
JUAN MIGUEL ESTRADA GRUESO, Magistrado;
MIGUEL OTERO CADENA, Magistrado;
EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico;
MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria

ABSOLUTORIO. COBRO DE HONORARIOS.

Bogotá, julio veintidós (22) del año dos mil ocho (2008).

SALA PLENA SESION No.963 DEL VEINTIDOS (22) DE JULIO DEL AÑO DOS MIL OCHO (2008).

REF: Proceso No. 485, Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas

Contra: Drs. Carlos Alberto Delgado Nieto y Javier A. Vidal L.

Denunciante: Señora Luz Elena Rivera Reyes

Asunto: Recurso de Apelación

Magistrado Ponente: Dr. Juan Mendoza-Vega M.D.

Providencia No. 30-08

VISTOS:

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas, en sala plena del 22 de Abril de 2008, resolvió imponer al doctor Carlos Alberto Delgado Nieto, sanción de censura escrita pero privada, y al doctor Javier Alonso Vidal López amonestación privada,, dentro del proceso iniciado contra ellos por queja presentada por la señora Luz Elena Rivera Reyes.

En escritos fechados el 29 de Mayo de 2008, recibidos en el tribunal seccional el 30 del mismo mes y año, la abogada Ana María Chica en su condición de defensora del doctor Delgado Nieto y el abogado Abelardo Benjumea Hincapié como defensor del doctor Vidal López, presentaron recursos de apelación contra la providencia mencionada.

Mediante providencia del 10 de Junio de 2008, el tribunal seccional resolvió conceder la apelación impetrada, por lo que remitió las diligencias al Tribunal Nacional de Ética Médica. El cuaderno que contiene el expediente se recibió en el Tribunal Nacional el día 23 de

Junio de 2008; puesto para reparto en la sala plena del 24 de Junio, correspondió por sorteo al Magistrado Juan Mendoza-Vega.

Cumplidos los términos, se procede a decidir de acuerdo con los siguientes

HECHOS:

En escrito sin fecha, recibido en el Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas al parecer el 24 de Octubre de 2005, la señora Luz Elena Rivera Reyes presentó ante dicho Tribunal Seccional, queja contra el doctor Carlos Alberto Delgado Nieto porque el 5 de Mayo de 2005, en la IPS Andes de la ciudad de La Dorada, departamento de Caldas, le practicó a la quejosa una intervención quirúrgica para corrección de tabique y de cornetes nasales que le habían programado por cuenta de la EPS de Coomeva, pero también “un mejoramiento de mi nariz (estético)” que había ella convenido con el médico previamente y por el cual, a título de honorarios convenidos entre ellos y ante testigo (que lo fue, según la misma queja, la señora Yasmina Tapias Tapias), le pagó quinientos mil pesos “el mismo día de la cirugía”. Sigue relatando la quejosa que “a los veinte días de la cirugía me di cuenta que (sic) mi nariz no había quedado bien”, por lo cual consultó al doctor Delgado quien le explicó que debía esperar tres meses hasta que pasara la inflamación postquirúrgica para poder valorar los resultados. Cumplido el lapso dicho, dice ella que el doctor Delgado le advirtió la necesidad de otra cirugía para corregir lo que hubiera quedado defectuoso, pero que se debía esperar un tiempo para que la nueva intervención pudiera ser pagada por Coomeva; afirma la quejosa que, ante nuevo reclamo suyo, el acusado le dijo que “no le iba a corregir nada” ni le devolvería el dinero de los honorarios, entre otras cosas porque “de esa plata le tocó cancelarle (sic) al anestesiólogo ciento cincuenta mil pesos”.

El tribunal seccional aceptó la queja e inició averiguación preliminar, en el curso de la cual revisó la historia clínica de la señora Rivera Reyes, en donde figura, a folio 18 recto y verso, una “Carta de Riesgos y

Beneficios y Autorización de Tratamiento Consentimiento Informado y Voluntad Jurídica del Paciente”, debidamente llenada y firmada por la señora Luz Elena Rivera, la testigo Yasmina Tapias Tapias y el médico Carlos Delgado, todos con registro del número de sus cédulas de ciudadanía y las dos primeras con la huella digital. A folio 20 recto se aprecia la descripción quirúrgica, firmada por el doctor Delgado, que registra como “cirugías programadas y realizadas” solamente “septoplastia + turbinoplastia” y complicaciones, ninguna.

Escuchó en versión libre e injurada al disciplinado Delgado Nieto, quien estuvo acompañado por la abogada Ana María Chica Ríos; reconoció él haber atendido a la quejosa y, ante el deseo de ella de recibir una corrección estética porque presentaba una “giba” en la nariz, le explicó que tal cirugía no la pagaría la EPS y que por consiguiente ella debería pagarle honorarios, a lo que la señora accedió al parecer sin problema alguno. También acepta que la señora, aunque reconoció tras la cirugía que estaba respirando mejor, le dijo no estar satisfecha con el resultado estético, y que él le dijo que debía pedir autorización para nueva cirugía en Coomeva pero finalmente ella le dijo que deseaba que le devolviera los honorarios porque ella se iba a vivir en otra ciudad, lo cual le hace pensar “que el objetivo de la paciente no era tanto que le hiciera una segunda cirugía sino la devolución del dinero”. Como en el curso de la versión el doctor Delgado Nieto informó haber entregado al anesthesiólogo, doctor Javier Vidal López, ciento cincuenta mil pesos de los honorarios recibidos, el tribunal seccional llamó a este profesional para escucharlo también en versión libre, lo que se llevó a cabo con la presencia de la doctora Chica como defensora; el doctor Vidal manifestó no recordar el caso, dio explicaciones solamente con base en la historia clínica que se le puso de presente y respecto a los honorarios mencionados dijo que tampoco lo recordaba pero probablemente sí los había recibido porque “se hizo un procedimiento estético adicional”.

Aunque el tribunal seccional le envió citaciones reiteradamente para que se presentara a ratificar y si fuera del caso ampliar su queja, la señora Rivera no se hizo presente y cambió de dirección sin dar la

nueva al tribunal, por lo que no pudo en realidad ser citada y esta diligencia procesal no se cumplió.

Resolvió el tribunal de primera instancia que había méritos para formular pliego de cargos a los dos disciplinados, por presunta violación a la Ley 23 de 1981 así: el doctor Delgado Nieto, los artículos 34, relativo a la Historia Clínica porque en ella no estaría consignada la parte estética del procedimiento quirúrgico que realizó a la quejosa, y 43, que prohíbe recibir honorarios particulares de pacientes a quienes el médico trate por cuenta de una entidad, así como el artículo 12 del decreto 3380 de 1981 reglamentario de la Ley 23, porque no se habrían advertido a la quejosa los riesgos del procedimiento estético que se le practicó ni se habría dejado constancia de dicha advertencia en la Historia Clínica; y al doctor Vidal López, por presunta violación del artículo 43 ya citado. Los descargos presentados con las debidas formalidades por los disciplinados, no fueron considerados suficientes por el tribunal seccional y en consecuencia se falló de fondo en Sala Plena del 22 de Abril de 2008, para imponerles al doctor Carlos Delgado Nieto sanción de Censura Escrita pero Privada y al doctor Javier Vidal López, Amonestación Privada.

Los abogados de los disciplinados, una vez notificados con las formalidades legales, presentaron dentro de términos el recurso de apelación contra el fallo sancionatorio y lo sustentaron por escrito; el tribunal de primera instancia concedió ese recurso y envió las diligencias al Tribunal Nacional de Ética Médica, para lo de competencia.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Al sustentar el recurso de apelación, la doctora Ana María Chica, apoderada del doctor Carlos Alfonso Delgado Nieto, funda su inconformidad en dos puntos principales:

1. El tribunal seccional afirma que el disciplinado no obtuvo de la quejosa el consentimiento informado para el procedimiento de

tipo estético, aunque sí lo hizo para los de tipo funcional, y por lo mismo no dejó constancia de tal consentimiento en la Historia Clínica, lo cual configura infracción del artículo 12 del Decreto 3380, reglamentario de la Ley 23 de 1981.

2. El tribunal seccional enrostra al disciplinado la violación del artículo 43 de la misma Ley 23 de 1981, porque recibió honorarios de una persona que debía atender y atendió por cuenta de la entidad Coomeva, entidad que le pagó según el convenio que con ella mantenía el doctor Delgado Nieto.

Sostiene la abogada que el documento visible a folios 3 recto y verso (suministrado por la quejosa junto con su documento de queja) y 19 recto y verso (como parte de la copia oficial de la Historia Clínica) es “la mejor demostración de que a la paciente sí se le brindó información sobre los riesgos y beneficios de los procedimientos a los que fue sometida”, y no constituye el ejemplo de documento de consentimiento mal diligenciado, como lo afirma tajantemente el tribunal de instancia; para ella, no hay en Colombia norma expresa que determine los puntos exactos que debe contener un documento de consentimiento y el “verbo rector” en el artículo 12 del decreto 3380 de 1981, que el tribunal seccional considera violado, obliga a “dejar constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto”, lo que evidentemente se habría cumplido con el documento citado.

Para este Tribunal Nacional, la afirmación del doctor Delgado Nieto durante su descargos (folio 60 recto), “a la paciente le expliqué en varias ocasiones antes de la cirugía los riesgos y los beneficios de la cirugía, los cuidados, por lo consecuente (sic) ella firmó el consentimiento informado”, parece tener sustento escrito en el documento que se está mencionando; la interpretación que hace el tribunal de primera instancia, al suponer que las advertencias no cubrieron la parte estética del procedimiento, plantea una duda que habría podido absolverse mediante interrogatorio de ampliación a la quejosa, pero como esta diligencia no se llevó a cabo, la duda permanece y debe ser resuelta a favor del disciplinado, por respeto a la doctrina del *In dubio pro reo*.

El segundo punto de disentimiento de la defensa, toca un problema novedoso del cual no parece haber antecedentes en la jurisprudencia de los tribunales de ética médica de Colombia y amerita, por lo mismo, algunas consideraciones especiales.

El trabajo del médico, la Ley 23 de 1981 y la realidad actual.

Cuando se aprobó y entró en vigencia la Ley 23 de 1981, llamada “ley de ética médica” y todavía estatuto rector en el campo ético-disciplinario médico, en Colombia el ejercicio de esta profesión podía llamarse “liberal” y era de tipo privado para alto porcentaje de los profesionales, que tenían plena libertad para convenir con el enfermo o con la familia de éste tanto los detalles de la atención como el monto de los honorarios respectivos y la forma de pago. Había comenzado a aparecer, sin embargo, la posibilidad para los médicos del empleo con dedicación pre-establecida, horario de trabajo y salario o sueldo no ligado a convenio alguno entre el profesional y la persona que recibía sus servicios, porque ésta se consideraba cubierta por la entidad contratante que era a su vez responsable de la remuneración para los médicos que contrataba; tal clase de trabajo parecía ir en aumento, por lo que se juzgó prudente que en la Ley de Ética fueran tenidos en cuenta al menos sus principales caracteres; el artículo 43 refleja bien el espíritu de las preocupaciones que entonces se suscitaban, relativas a la defensa del enfermo y de las instituciones contratantes, ante posibles abusos de algún profesional que intentara lograr ingresos mayores que los pactados con la entidad, cobrando al enfermo sumas adicionales o convenciéndolo de pedir los servicios como “paciente privado”, con argumentos como el poderse ahorrar la demora de los turnos o el tener mejor calidad de atención si pagaban directamente al médico.

La evolución socio-económica, la nueva Constitución Nacional de 1991 la Ley 100 de 1993 con su miríada de disposiciones reglamentarias y el establecimiento del Plan Obligatorio de Salud POS, han cambiado de modo muy profundo, en los veintisiete años transcurridos, ese ejercicio profesional. La condición de empleado, clara o disimulada de varios modos, es hoy la predominante entre los profesionales de

la Medicina; se ha vuelto excepcional que el enfermo o su familia paguen al médico los honorarios por la atención que se le da; la EPS, ungida legalmente como entidad clave del sistema de salud, puede aprobar o negar autorización para procedimientos y tratamientos sobre un enfermo concreto, lo cual hace sin que siempre sean argumentos de peso científico los que avalen la resolución, porque pese a su denominación oficial, a dichas entidades les interesa más la ganancia económica que la promoción de la salud; y las intervenciones de tipo estético o cosmético, cosa importante para el caso que nos ocupa, suelen ser sistemáticamente negadas por no estar dentro del POS.

En estas circunstancias, ¿cómo debe entenderse el artículo 43 de la Ley 23 de 1981 para que, impidiendo los cobros abusivos adicionales a lo pactado entre médicos y entidades empleadoras, no sea al mismo tiempo una barrera que atente contra el derecho legítimo al trabajo que se considera fundamental en Colombia como Estado Social de Derecho, y que incluye el derecho a remuneración justa por ese trabajo, ni estorbe la atención completa y oportuna a los problemas de la persona enferma, sean éstos orgánicos y demostrables con exámenes objetivos o también psicológicos, percibidos apenas por el propio paciente pero no por ello menos causantes de sufrimiento?

En primer lugar, no parece discutible que sigue prohibida la doble remuneración por un mismo acto médico, máxime si se configura por el cobro a una persona cuya atención realiza el galeno porque así se lo pide una entidad que lo ha contratado para tales servicios y que le pagará por ellos; esa clase de cobro, a espaldas de la entidad contratante, viola sin duda el mencionado artículo 43 y debe recibir la sanción pertinente. Consultas de diagnóstico o de control, exámenes paraclínicos, son ejemplos de actividades que en principio no deben tener cobro adicional por parte del profesional que las practica, con la evidente excepción de las llamadas “cuotas moderadoras” o de los “co-pagos” inventados y acostumbrados en el actual sistema de atención a la salud.

En cuanto a las intervenciones de cirugía, resulta indispensable analizar aquellas que el llamado “tercero pagador”, es decir, la EPS o empresa que paga a nombre del enfermo porque lo tiene entre sus afiliados, resuelve negar como “puramente estética” aunque la ordene y esté dispuesto a practicarla un médico porque tiene los conocimientos y la pericia para hacerlo, además de considerar que la persona afectada la necesita. El derecho al trabajo, previsto y protegido en la Constitución Nacional, permite sin duda al médico intervenir a esa persona, previo el proceso de información adecuada y consentimiento expreso; aquí estaría implícito el derecho a percibir justa remuneración por ese trabajo, honorarios que en principio deberían convenirse con la persona y ser pagados por ella, sin que el asunto caiga en la órbita de autoridad de la EPS o empresa pagadora porque ella se ha negado a dar la autorización respectiva, con lo cual se sustrae a cualquier obligación y libera al médico de sus compromisos en cuanto a ese caso concreto. La prohibición del artículo 43 de la Ley 23 de 1981 no tendría aplicación, por sustracción de materia.

Otra situación podría plantearse si el cirujano, por tener autorizada una intervención funcional en la misma zona corporal, propone a la persona practicarle en el mismo acto quirúrgico la operación estética. Es evidente que se aprovecharían la anestesia, los servicios de sala de cirugía y su personal, así como los insumos de tipo suturas, apósitos, vendajes y similares, todo lo cual en principio sería pagado por la entidad y no directamente por el enfermo, quien se limitaría a cubrir unos honorarios adicionales convenidos con el doctor como correspondientes a la parte estética del procedimiento; sería así posible hablar de un acto con “doble efecto”, uno bueno que sería la corrección del defecto que molesta a la persona, sin someterla a los riesgos de nuevo procedimiento anestésico-quirúrgico, y el otro malo, el gasto por cuenta de una entidad sin la autorización expresa de la misma, incluyendo honorarios por un tiempo de trabajo del profesional que sería en gran parte el mismo cubierto con los honorarios de la cirugía funcional autorizada. La calificación ética y consiguiente inclusión o exclusión con base en la prohibición establecida por el artículo 43 tantas veces citado, dependería de la demostración de

que el efecto bueno es cualitativamente mayor que el malo y se busca y obtiene independiente de éste, que no se desea en sí mismo; debería además demostrarse que el punto de los honorarios se ha tratado con plena claridad para el paciente, ojalá habiendo agotado los esfuerzos por lograr que la entidad pagadora autorice la parte adicional estética de la operación.

En el caso *sub examine*, este Tribunal Nacional coincide con los argumentos de la defensa en cuanto a ver que los efectos buenos del acto quirúrgico, así como la claridad con que se planteó el asunto del honorario adicional según lo reconoce en su queja la paciente y lo reitera el médico disciplinado, permiten considerar que no hubo infracción del artículo 43 de la Ley 23 de 1981 al no configurarse cobro por cirugía que pagara la entidad Coomeva ni prolongación notoria del tiempo de operación que significara gastos adicionales gravosos por ese concepto, para la entidad.

Pese a lo ya analizado, queda pendiente el deficiente registro, en la Historia Clínica, de lo que se hizo realmente a la paciente; la descripción quirúrgica es incompleta porque allí ni siquiera se menciona la parte estética de la operación, que tampoco aparece en ningún otro sitio de dicha historia. La infracción al artículo 34 de la Ley 23 de 1981, endilgada por el tribunal de primera instancia al doctor Delgado Nieto, se considera así probada y merece el reproche correspondiente, pero la sanción será sin duda menor que la fijada porque el cargo es también de menos cuantía.

Respecto al doctor Javier Alonso Vidal López, la inconformidad de la defensa gira alrededor del artículo 43 de la Ley 23 de 1981, y por lo mismo este Tribunal Nacional considera que le son aplicables las consideraciones arriba presentadas, además de la duda no resuelta que se plantea en cuanto a si recibió o nó los honorarios adicionales a su remuneración contratada. Aunque se equivoca el memorialista al negar que “la actividad desarrollada por el doctor Javier Alonso Vidal a favor de la paciente-quejosa Luz Elena Rivera Reyes fuera por cuenta de IPS o EPS alguna” y afirmar que “se realizó dentro de

parámetros de autonomía no solo profesional sino técnica”, porque es claro que la locución “por cuenta de” tiene en nuestro idioma el muy claro significado de algo que se hace a petición de persona o entidad que cubre los gastos respectivos, medie o nó contrato detallado, y al doctor Vidal le debía pagar y sin duda le pagó la entidad Coomeva sus honorarios por la anestesia dada a la señora Rivera, esta equivocación en nada invalida los argumentos y análisis que ponen su trabajo por fuera de la prohibición del mencionado artículo 43, al tenor de lo arriba considerado; será entonces necesario revocar la parte correspondiente del fallo de primera instancia y declarar en cambio la preclusión de la investigación en su contra.

Considera este Tribunal Nacional de Ética Médica que las autoridades competentes, bien el Ministerio de la Protección Social, Viceministerio de Salud, o el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, deben tomar las medidas legales para que no ocurran las circunstancias que llevan al problema analizado, incluyendo en el Plan Obligatorio de Salud POS las operaciones de cirugía que tienen al mismo tiempo un componente funcional y uno estético, o al menos adoptando un reglamento que fije y aclare suficientemente los parámetros para la aprobación o negación de las mismas, hoy libradas a la voluntad y decisión interna de cada EPS o “tercero pagador”.

Bastan las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de sus atribuciones legales,

RESUELVA:

ARTÍCULO PRIMERO. Revocar, como en efecto revoca, los artículos 1º y 2º de la providencia por la cual el Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas impuso sanción de Censura Escrita pero Privada al doctor Carlos Alfonso Delgado Nieto, de las condiciones personales y profesionales conocidas en el informativo, con base en la queja presentada por la señora Luz Elena Rivera, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

ARTICULO SEGUNDO. Imponer al doctor Carlos Alfonso Delgado Nieto sanción de **AMONESTACIÓN PRIVADA**, por violación al artículo 34 de la Ley 23 de 1981, según lo argumentado en la parte motiva de esta providencia.

ARTÍCULO TERCERO. Revocar, como en efecto revoca, el artículo 3º de la misma providencia, y decretar en cambio la preclusión de la investigación respecto al doctor Javier Alonso Vidal López, de las condiciones personales y profesionales conocidas en el informativo, al tenor de la parte motiva de esta providencia.

ARTÍCULO CUARTO. Devolver el expediente al tribunal de origen, para su archivo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JUAN MENDOZA VEGA, Presidente- Magistrado Ponente;
FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado;
MIGUEL OTERO CADENA, Magistrado;
GUILLERMINA SCHOONEWOLFF DE LOAIZA, Magistrada;
EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado;
EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico;
MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

ABSOLUCIÓN A ANESTESIOLOGO Y CIRUJANO DILIGENTE

Bogotá, julio primero (01) del año dos mil ocho (2008).

SALA PLENA SESION No.960 DEL PRIMERO (01) DE JULIO DEL AÑO DOS MIL OCHO (2008).

REF: Proceso No. 2231 Del tribunal de Etica Medica de Bogotá.

Denunciante: Sra. Amanda Castillo

Denunciados: Drs. Carlos Alberto Espinosa Correa y Fabio Heliodoro Martinez Pacheco.

Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora

Providencia No.28-2008

VISTOS

El Tribunal Seccional de Etica Médica de Bogotá resuelve inhibirse de abrir investigación formal en contra de los doctores CARLOS ALBERTO ESPINOSA CORREA Y FABIO HELIODORO MARTÍNEZ PACHECO. Así mismo, rechaza el recurso de reposición en contra de la providencia y en su lugar concede la apelación por ante el Tribunal Nacional de Etica Médica.

Corresponde por sorteo al Magistrado FERNANDO GUZMÁN MORA,

HECHOS

Con fecha 24 de junio de 2004 la Defensoría del Pueblo remite a este Tribunal la queja interpuesta ante el Ministerio de Protección Social

y la Superintendencia Nacional de Salud por parte del Señor Juan De Dios Castillo Méndez, con el fin de que se investigue la conducta de los médicos que atendieron al paciente en el Hospital San Rafael de esta ciudad en el mes de enero de 2004.

En endoscopia de diciembre de 1.993, realizada en la Clínica San Rafael, le encontraron al Señor JUAN DE DIOS CASTILLO MENDEZ, (q.e.p.d.) Esófago de Barret. Este diagnóstico se confirmó con nueva endoscopia en Enero de 1.997 y con biopsias en Enero y Febrero de 1.997. Esta última mostró, además, displasia de bajo grado. Folios 21,22 y 24,c.1.

En Febrero 19 de 2.004, cuando contaba con 75 años, el Señor CASTILLO consultó en Servimed por reactivación de síntomas como pirosis, pesadez, epigastralgia y disfagia, que inicialmente había sido para sólidos y últimamente también para líquidos, asociada a pérdida de peso. El paciente venía controlándose adecuadamente hasta dos años antes de la presente consulta. Folio 33 del c.1.

En vista de la sintomatología mencionada el Señor CASTILLO fue enviado a endoscopia, examen que se realizó en la Clínica Bogotá en Marzo 11 de 2.004. Biopsias tomadas en esa intervención, estudiadas en Serpat (Servicio de patología) mostraron adenocarcinoma de esófago mal diferenciado con células en anillo de sello. El 13 de Abril Cajanal había autorizado la hospitalización del paciente para tratamiento quirúrgico y esta hospitalización se realizó de inmediato en el Hospital San Rafael. Allí, luego de los exámenes necesarios y de la valoración preanestésica, el Doctor CARLOS ESPINOSA CORREA procedió a efectuar, el 20 de Abril, Esofaguetomía transhiatal, ascenso gástrico, esplenectomía, y toracostomía cerrada bilateral. Intervención que duró 4 y media horas. Una muy detallada descripción quirúrgica consta a Folio 91 del c.1. La parte pertinente de ella, donde se refiere la esplenectomía dice así: “ Se encuentran adherencias gastroesplénicas que al liberarlas se produce desgarró de la cápsula esplénica y desgarró del bazo, presentando sangrado importante que no es posible controlar por lo cual se hace luxación del bazo, corte y ligadura de los ligamentos”.

El estudio histopatológico de los especímenes quirúrgicos, informa que se recibió la parte distal del esófago y la proximal de: estómago con adenocarcinoma, mal diferenciado que invadía todo el espesor de la pared gástrica hasta la serosa. Se encontraron 11 ganglios positivos para tumor y extensa infiltración tumoral de la grasa perinodular. El bazo, histológicamente era normal. Luego de un período de tiempo en recuperación el paciente fue enviado a UCI Coronaria, según protocolo en uso en el hospital San Rafael, allí permaneció hasta el 28 de Abril, fecha de la defunción. Aunque al segundo día del postoperatorio se firmó la salida a cuidado intermedio, la falta de camas obligó a la larga permanencia en UCI.

El cuidado posquirúrgico en UCI se dirigió a controlar la tendencia a la hipotensión que requirió uso interrumpido de Dopamina y Dobutamina; control de acidosis metabólica y de la tensión arterial.

El Señor CASTILLO era hipertenso en tratamiento. Por taquicardia y leucocitosis se consideró que el paciente presentaba SRS (Síndrome de respuesta inflamatoria sistémica) como respuesta al traumatismo quirúrgico, ante la falta de evidencias de proceso séptico. En los primeros 3 o 4 días del postoperatorio la recuperación fue evidente, tanto que se firmó salida a Cuidado intermedio pero a partir del día quinto su estado general desmejoró paulatinamente, para entrar finalmente en falla multisistémica y shock irreversible atribuido a dehiscencia de la sutura esofágica y posible mediastinitis. Rx del día 27, con repetición el día 28 no confirmaron el presunto diagnóstico de mediastinitis por dehiscencia de suturas. Allí solo se encontraron cambios debidos al trauma quirúrgico intratorácico: atelectasias y derrames pleurales bilaterales.

LA ACTUACIÓN PROCESAL

Para el perfeccionamiento de la siguiente investigación se allegaron y practicaron las siguientes pruebas:

1. Comunicación del 24 de junio de 2004 remitida a este Despacho por la Defensoría del Pueblo contentiva de la queja presentada por el Señor Juan De Dios Castillo ante el Ministerio de Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud obrante a folios 1 a 4 del c.1.
2. Copia de la historia clínica del paciente remitida a este Despacho por el Hospital Universitario Clínica San Rafael, folios 28 a 189 del c.1.
3. Diligencia de declaración que rinde ante este Tribunal la señora Amanda Castillo Ibarra quien fue enfática en señalar que se queja en contra del Hospital San Rafael por las presuntas irregularidades en la atención médica dispensada a su padre. Folios 191 a 193 del c.1.
4. Diligencia de Versión libre que rinde ante este Tribunal el Cirujano Carlos Alberto Espinosa Correa quien explicó detalladamente su participación en el caso del señor Juan De Dios Castillo a quien el 20 de abril se le practicó laparotomía exploratoria encontrándose una lesión en la unión cardio esofágica con múltiples adherencias que involucraban el bazo y la parte distal del esófago y proximal del estomago. En postoperatorio se reportó que se había salido accidentalmente la sonda nasogástrica se decidió no colocar una nueva y seguir en observación, su evolución fue satisfactoria. El día 8 postoperatorio presenta fiebre, hipotensión, se solicita tomografía de tórax pero no se pudo realizar por el mal estado del paciente, presentó hipotensión severa y paro cardio respiratorio y lamentablemente falleció. Folios 195 a 197 del c.1.
5. Comunicación del 23 de marzo de 2006 mediante la cual la Procuraduría General de la Nación remite a este Tribunal el expediente 143-107275/2004 para lo de su competencia, obrante en los cuadernos 2, 3 y 4.
6. Comunicación del 24 de julio de 2006 mediante la cual la Procuraduría General de la Nación remite a este Tribunal copias-

de las diligencias allegadas por la Subdirección Científica del Hospital Universitario Clínica San Rafael obrante a folios 203 a 267 del c.1.

7. Diligencia de Versión Libre que rinde ante este Tribunal el Anestesiólogo y especialista en Cuidado Intensivo Doctor Fabio Heliodoro Martínez Pacheco quien explicó que atendió al paciente en el postoperatorio en la Unidad de Cuidado Intensivo de la Institución, aportó auto 561 del 22 de mayo de 2006, mediante el cual la secretaría Distrital de Salud cesó toda investigación en contra de la Institución. Folios 271 a 279 del c.1. –

ANÁLISIS DEL TRIBUNAL SECCIONAL DE ETICA MÉDICA DE BOGOTÁ.

El esófago de Barret es una enfermedad esofágica de gran trascendencia para el pronóstico de vida de quien la padece, debido a su muy importante tendencia a la transformación en cáncer esófago gástrico. La literatura, médica estima que quien tiene esófago de Barret tiene entre 30 y 40 mayores posibilidades de desarrollar tumor maligno que el que no tiene esa alteración de la mucosa. Es por ese motivo que el tratamiento, generalmente bomba de Protones, debe ser muy estricto y por lo mismo la vigilancia de la lesión debe ser constante. No cuenta este Tribunal con datos que permitan establecer cómo transcurrieron los años de vida del paciente entre Febrero de 1.997, último examen positivo para esófago de Barret y Marzo de 2.004 cuando se descubrió que tenía cáncer.

El itinerario de los últimos meses de vida del Señor CASTILLO puede resumirse así en enero solicitó atención en Servimed, pero por distintos motivos no fue atendido, según manifestó, el mismo paciente, en carta a Supersalud, FI. 2,c.1. En Febrero 19 de 2.004, recurrió a la Clínica Bogotá donde el médico que lo atendió lo remitió a endoscopia. En Marzo 11, en examen endoscópico se toman biopsias, material que se le entrega al paciente para que lo lleve al Laboratorio de Patología

Fl.3 Vto. C.1. En Marzo 31, el reporte de Patología es positivo para adenocarcinoma. En Abril 13 Cajanal autoriza hospitalización y cirugía en el Hospital San Rafael. Ese mismo día se realiza la hospitalización. Abril 20 esófagogastrectomía. Abril 28 defunción. Abril 22 se recibe y Abril 23 se da resultado histopatológico del espécimen quirúrgico.

Como puede apreciarse en el término de 5 días el paciente fue admitido y operado en la Clínica San Rafael. La premura en realizar la intervención fue debida a obstrucción casi total de la luz esofágica, condición que médicamente requiere intervención inmediata para evitar al paciente graves molestias y complicaciones. Por otra parte la esófagogastrectomía es una intervención de cirugía mayor, de muy alto riesgo y que por lo mismo requiere de especial cuidado y pericia en el cirujano que la lleve a cabo. La edad y las regulares condiciones generales del paciente, por mala alimentación y pérdida de peso, tornaban aún más crítico el acto quirúrgico que finalmente se realizó sin complicaciones. Pero el postoperatorio luego de un período de recuperación mostró un rápido deterioro cardiovascular y hemodinámico que llevó al shock del cual el paciente no se recuperó. El SIRS, se atribuyó respuesta al traumatismo quirúrgico. Por todo lo anotado, este Magistrado debe aceptar que en el caso del Señor 'JUAN DE DIOS CASTILLO el Doctor CARLOS ESPINOSA obró de acuerdo a lo que exige la Lex Artis.

La Señora Amanda Castillo se queja de la extracción del Bazo en el acto quirúrgico y acusa por ello al Doctor ESPINOSA. Al respecto hay que recordar que el tumor, según la descripción de Patología, ya había invadido el peritoneo y el meso gástrico, causando adherencias al Bazo, órgano que presenta una cápsula o membrana de recubrimiento frágil al tratamiento y por lo tanto los desgarros en ella son muy posibles en casos como el que se comenta. Rota la cápsula la masa celular compuesta por linfocitos y vasos sanguíneos de diferentes tamaños e importancia está expuesta a hemorragias incontrolables. Ante la imposibilidad de ligar esos vasos-no tiene el cirujano alternativa distinta a la de la extracción del órgano. No siendo el Bazo un órgano

vital su extracción no pone en peligro inmediato la vida del paciente. Antes de la cirugía no era posible calcular la situación que pudiera tener el tumor en el abdomen.

De conformidad con lo expuesto en renglones precedentes y de acuerdo al material probatorio obrante en la presente investigación, este Tribunal considera que no existen fundamentos para declarar la apertura de la instrucción en contra de los médicos DRES CARLOS ALBERTO ESPINOSA CORREA Y FABIO HELIODORO MARTINEZ PACHECO, razón por la cual se deberá proferir Resolución Inhibitoria.

SOLICITUD DE REPOSICIÓN Y APELACIÓN

Dice la quejosa que:

Solicito a ustedes que dicho expediente se revise y analice nuevamente y hasta tanto no se tengan todas las declaraciones de las personas de Ud, cirugía, piso, enfermeras y Lucho Vives para compararlas con la historia clínica. Anexo copias para sustentar versiones dadas por la resolución para que se tengan en cuenta que demuestran contradichos. Solicito que se responda el cuestionario que anexo sin modificar palabra alguna ni su sentido de pregunta, por los Doctores con el fin de aclarar las dudas que expongo a continuación. Como lo indica el magistrado Jorge Vargas, para demostrar la perfección de la presente investigación.

Para demostrar que mi padre sí venía asistiendo a todos los controles médicos, mes por mes durante el tiempo que no se le ordenaron endoscopias a sabiendas de su cuadro clínico y de enfermedades que padecía, siendo las respuestas médicas que se encontraba bien y las citas en las que no lo atendieron se las dieron para el 30 de mayo y comienzo de Junio, esto se confirma y se deben solicitar a las IPS de Cajanal su historia clínica.

El folio 40 dice que mi padre padece de un CA de colon derecho y testículo, porque nunca se realizaron tratamientos médicos al respecto los cual lleva a deteriorar mucho más su salud.

El estudio histológico dado en la patología, dice tener superficie y corte normal, no refiere desprendimientos ni desgarros, ni corte de adherencias esplénicas.

Yo tenía conocimiento de la falta de atención en ayuda brindada el día 26 de abril del 2004 en la noche, del dolor que presentaba mi padre, ya que por más de 4 horas padeció sin atención y al entrar un señor a la UCI solicitó ayuda para llamar a las enfermeras de turno para que lo ayudaran. La queja la radiqué el día 27 en el hospital como consta en el folio 38 y nunca tuve respuesta al respecto. Hoy se conoce y se compara con el de la historia encontrando versiones diferentes. Lo que sucedió al no aplicar la vacuna del neumovac lo referente a la sonda nasogástrica y demás situaciones que mi padre me comentaba con pleno conocimiento, los radicaba en la defensoría, no conocía la historia clínica pero si se comparan las versiones, mi padre no mentía al respecto. Es necesario que las personas que intervinieron en estos procesos, den las versiones de dichas situaciones. El señor Lucho Vives es testigo y me comenta situaciones dadas en la cirugía, visitas que le hacía a mi padre en la UCI y otros conocimientos que al declarar se pueden constatar. El Doctor Espinosa en el momento de informar el procedimiento dado en cirugía cuando le pregunté varias veces que más había practicado me decía no más, fue cuando enfáticamente pregunté entonces porqué le habían arrancado el bazo, se torna nervioso y dice que porque salió esa información de quirófano, estaban averiguando los Doctores porque sabía yo mucho antes lo sucedido, cuando convulsionó el cuerpo de mi padre, las reacciones médicas etc.

En la versión libre que rinde el Doctor Espinosa dice ordenar tomografía pulmonar, de eso no existen ni orden ni resultados clínicos que lo indiquen en la historia clínica. Dice que el paciente baja de peso por encontrarse en control de la enfermedad hacía dos años; si a esta enfermedad no se le dió el debido control que lo ameritaba ni se daban órdenes médicas para ello, dice también que en el procedimiento quirúrgico se colocaron tres unidades de sangre, no lo dice ningún escrito ni orden alguna, manifiesta que su sangrado fue escaso y de

400 centímetros cúbicos lo que afirma la historia es todo lo contrario, y muestra un sangrado de 900 centímetros cúbicos.

Al referirse a la sonda naso gástrica, dice haberme informado los médicos situación que no fue así, tengo la versión dada por mi padre en la que dice que insistieron muchas veces en introducirla de nuevo haciendo sangrar y doler mucho su garganta, escrito que radiqué mucho antes en la defensoría y la superintendencia de salud mucho antes de conocerlo en la historia clínica.

Afirma el Doctor Espinosa que se le dieron líquidos claros vía oral estando mi padre en la Ud, no aparece comentario alguno en la historia clínica al respecto. Se dice que el paciente presentaba mucha tos y tenía bastantes secreciones, además tenía alimentación parenteral confirma la historia clínica

El proceso infeccioso se evidencia cuando presenta la Leucocitosis y que lo lleva a la neumonía como lo demuestra la historia clínica. El Tac de tórax se realizó y dice que hay anastomosis y que el estomago se encuentra dilatado, no se sabe porque, se deben practicar cortes complementarios, estos no sé hacen y no se sabe porqué. No se solicita la tomografía, no lo dice la historia.

El Doctor Espinosa dice ser cordial en las relaciones con la familia; si tuve la conversación para saber sobre la cirugía y cuando lo asedié insistentemente a la salida del hospital cuando me dijo que ya había terminado turno y que le dijera a los intensivistas, nunca más atendió mi solicitud. Los médicos intensivistas me dijeron que mi papá necesitaba un lavado o reintervención urgente, pero que eso era con el Doctor Espinosa quien lo había operado, no se efectuó ese procedimiento. Mi padre presentaba mucha tos, gripa y fiebre desde que ingresó a la clínica, así lo demuestra la historia en piso, cama 611 y la fibrobroncoscopia endobronquitis leve generalizada.

En la epicrisis de la UCI hay contradicción en el día 21 como lo demuestran los folios 29 y 30, no se hace efectiva e inmediata la hospitalización a mi padre porque la remisión urgente se hace el 6 de

abril, fecha en que solicite al doctor Dávalos de Cajanal que me diera la remisión urgente al hospital como se indicaba, contestando el Doctor Dávalos que no tenía hospitales y que me hiciera la idea que mi padre fallecía porque en semana santa ellos no trabajaban y que rezara para ver si podía solucionarme el problema.

Que no les armara tanto show, motivo por el cual me dirigí a la defensoría del pueblo y la Superintendencia de Salud para solucionar mi problema, puesto que mi padre no podía alimentarse vía oral y esto por tantos días deterioró mucho mas su salud, presentando muchos tos, gripa y fiebre como lo muestran los reportes de la historia clínica. Los medicamentos para el corazón le fueron suministrados cuatro días después de la cirugía.

RESOLUCIÓN DE RECURSO DE REPOSICIÓN

Como puede apreciarse en el término de 5 días el paciente fue admitido y operado en la Clínica San Rafael. La premura en realizar la intervención fue debida a obstrucción casi total de la luz esofágica, condición que médicamente requiere intervención inmediata para evitar al paciente graves molestias y complicaciones. Por otra parte el esófago gastrectomía es una intervención de cirugía mayor, de muy alto riesgo y que por lo mismo requiere de especial cuidado y pericia en el cirujano que la lleve a cabo. La edad y las regulares condiciones generales del paciente, por mala alimentación y pérdida de peso, tornaban aún más crítico el acto quirúrgico que finalmente se realizó sin complicaciones. Pero el postoperatorio luego de un período de recuperación mostró un rápido deterioro cardiovascular y hemodinámico que llevó al shock del cual el paciente no se recuperó. El SIRS, se atribuyó a respuesta al traumatismo quirúrgico. Por todo lo anotado, este Magistrado debe aceptar que en el caso del Señor JUAN DE DIOS CASTILLO el Doctor CARLOS ESPINOSA obró de acuerdo a lo que exige la Lex Artis.

La Señora Amanda Castillo se queja de la extracción del Bazo en el acto quirúrgico y acusa por ello al Doctor ESPINOSA. Al respecto hay que recordar que el tumor, según la descripción de Patología, ya había invadido el peritoneo y el mesogástrico, causando adherencias al Bazo, órgano que presenta una cápsula o membrana de recubrimiento frágil al atirantamiento y por lo tanto los desgarros en ella son muy posibles en casos como el que se comenta. Rota la cápsula la masa celular compuesta por linfocitos y vasos sanguíneos de diferentes tamaños e importancia está expuesta a hemorragias incontrolables. Ante la imposibilidad de ligar esos vasos no tiene el cirujano alternativa distinta a la de la extracción del órgano. No siendo el Bazo un órgano vital su extracción no pone en peligro inmediato la vida del paciente. Antes de la cirugía no era posible calcular la situación que pudiera tener el tumor en el abdomen y por lo mismo no era presumible que el bazo estuviera comprometido.

Frente a la solicitud en el sentido de que se escuche en declaración o se vincule a la presente investigación a las personas de UCI, piso, enfermeras y a una persona de apellido Vives de quien se desconoce su profesión, oficio y relación con este caso, además de su paradero, este Tribunal considera que el acervo probatorio obrante en la presente investigación en donde consta la copia de la historia clínica del paciente remitida a este despacho por el Hospital Universitario Clínica San Rafael, (folios 28 a 189 del c.1) la Diligencia de Declaración que rinde ante este Tribunal la Señora AMANDA CASTILLO IBARRA, (folios 191 a 193 del c.1) la Diligencia de Versión Libre que rinde ante este Tribunal el Cirujano Doctor CARLOS ALBERTO ESPINOSA CORREA (folios 195 a 197 del c.1.) y la Diligencia de Versión Libre que rinde ante este Despacho el Anestesiólogo y especialista en Cuidados Intensivos Doctor FABIO HELIODORO MARTINEZ PACHECO, quien aportó Auto 561 del 22 de Mayo de 2.006, mediante el cual la Secretaría Distrital de Salud cesó toda investigación en contra de la Institución (folios 271 a 279 del c.1), son elementos probatorios que se consideran suficientes. Debe tenerse en cuenta, además, el cuestionario contestado a la Procuraduría Segunda Distrital por el Instituto Nacional

de Medicina Legal (folios 19 a 25, c.3) que concluyó diciendo :“Se trata de un paciente de 75 años de edad, con antecedentes de esófago de Barret, de larga data, que dejó de controlarse por dos años (según la historia clínica folio 32,c.1; esta anotación no se encuentra en el original). Posteriormente le fue diagnosticado un cáncer esofágico y remitido a la Clínica San Rafael para resección del tumor. Se realiza procedimiento quirúrgico en el cual se extrae el tumor, no hay reporte de patología. El Bazo se extrae como consecuencia de desgarró de la cápsula durante la liberación de adherencias según lo anotado en el informe quirúrgico, esta es una complicación que se puede presentar durante este tipo de cirugía y NO implica per se una falta a la norma de atención o lex artis” Debe aclararse que aunque el autor del anterior informe no tenía el resultado del examen de patología en el momento de hacer su informe, el examen sí fue debidamente procesado y enviado el 23 de Abril de 2.004 como consta en el folio 46,c.3.

En relación con la petición de la recurrente en el sentido de que le sea absuelto un cuestionario adjunto al escrito de impugnación, este Despacho se permite explicar que los Tribunales de Etica Médica son Corporaciones cuya única y exclusiva función es la de adelantar investigaciones ético disciplinarias por posibles faltas a la ética médica por parte de los médicos graduados, no teniendo en ningún momento funciones consultivas o de cualquier otra índole diferente a la disciplinaria.

Es la misma historia clínica, pieza de carácter fundamental para este tipo de investigaciones, la que según Nota Operatoria firmada por el Doctor CARLOS ESPINOSA, registra un sangrado intraoperatorio de 900 cc. en el Fl.325 del c.1. No parece bien informada la recurrente cuando afirma que no hay escrito ni orden que manifieste que se colocaron 3 unidades de sangre a causa del sangrado intraoperatorio, cuando en el 19.89, c.1 está la comprobación del Banco de Sangre que verifica la entrega de 3 unidades y en el Fl.330,Vto,c.t aparece la orden para aplicación de 2 unidades más de GRE (Glóbulos rojos empaquetados). El volumen de líquidos aplicados, diariamente, por vía endovenosa, muestra cuidado diario en la hidratación del paciente.

Algunas otras observaciones hechas por la recurrente, parecen indicar, unas, desconocimiento de hechos como el de la aplicación de vacuna antineumocócica, que sí se aplicó según lo establecido en el FI. 164, yto, del C.1 y otras, desconocimiento del manejo de pacientes en UCI donde el enfermo está monitoreado y controlado, de manera integral, las 24 horas del día por personal médico y de enfermería especializado. En UCI existe un responsable profesional médico que es quien maneja el tratamiento del paciente; al médico tratante anterior, como puede ser el cirujano, corresponde tomar aquellas decisiones que se relacionan directamente con la cirugía y de común acuerdo, siempre, con el Jefe de Ud. Esto explica por qué, en un momento dado, el cirujano puede discrepar de la opinión de otros médicos. Al fin y al cabo es él quien tiene la última responsabilidad en el tratamiento del paciente. A este respecto no encontró el Tribunal motivo para hacer declarar la apertura de la instrucción en contra del Doctor ESPINOSA.

Finalmente, en cuanto a la extracción del Bazo y no “arrancamiento” como lo quiere hacer ver la recurrente, ya se explicó ampliamente en la Providencia del Tribunal, objeto de repudio, las razones que tuvo el cirujano para realizarla. Puede agregarse que en el presente caso el médico tratante tenía dos opciones respecto a la situación del Bazo en relación con el cáncer: Dejar intacto el Bazo con tumor circundante o extraer ese órgano. Intentó el cirujano separar el tumor y el Bazo pero eso no fue posible sin la ruptura de la cápsula y entonces fue necesario practicar la extracción. Si no se hacía esto, quedaba tumor maligno en el abdomen rodeando el hilio esplénico y eso sí sería motivo para imputar responsabilidad ético profesional por mala práctica quirúrgica.

En vista de lo anterior, no repone la decisión y autoriza la apelación ante el Tribunal Nacional de Ética Médica.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

LA MEDICINA COMO OBLIGACION DE MEDIO.

El acto médico, en el cual se concreta la relación médico-paciente a través del contrato de prestación de servicios, es una forma especial de vinculación entre personas: Por lo general una de ellas, el enfermo, acude motivada por una alteración en su salud a otra, el médico, quien está en capacidad de orientar y sanar, de acuerdo con sus capacidades y al tipo de enfermedad que el primero presente. Esto no implica GARANTIA de curación.

El “acto médico” es un hecho del hombre específicamente capacitado en esta ciencia, que acarrea consecuencias porque se realiza voluntariamente y tiene como “objeto” la vida o la salud de otro hombre (paciente), de manera que el resultado del actuar del médico siempre tendrá que ver con la ley, por incidir sobre un “sujeto de derechos”; por afectar los derechos de otro hombre que se ha puesto en sus manos.

El médico se compromete a colocar todos los medios a su alcance para efectuar un procedimiento (médico o quirúrgico), actuando con apoyo en sus conocimientos, su adiestramiento técnico y su diligencia y cuidado personal para curar o aliviar los efectos de la enfermedad, sin poder garantizar los resultados, previa advertencia de los posibles riesgos y complicaciones inherentes al mismo.

Obligación es todo vínculo jurídico en virtud del cual una persona debe realizar una prestación en favor de otra.

Los elementos necesarios para el surgimiento de una obligación civil son:

1. Elemento subjetivo, conformado por las partes que se vinculan (acreedor y deudor)
2. Elemento objetivo: La prestación que el deudor debe cumplir.

Lo que se debe dar, hacer o no hacer.

3. Elemento jurídico: El vínculo que ata al deudor y acreedor.

El tratadista Demogue introdujo esta clasificación, con base en la consideración del objeto de cada contrato. En este sentido, si el objeto existe o se espera que exista, el deudor puede obligarse a un resultado: Dar, hacer o no hacer aquello.

En cambio, si el objeto del acto es una simple “alea”, si su existencia no depende de la voluntad y acción directa del deudor, sino que, en todo o en parte está condicionada por el azar, nos encontramos frente a lo que los romanos llamaban ya la “*emitió spei*” (Compra de la esperanza), como ocurre cuando el particular acude al consultorio del médico, con la esperanza de obtener su curación. En estos eventos, el resultado no se puede garantizar, pero el contrato es válido. Si el resultado no se logra, pero el médico-deudor ha puesto de sí todo lo que se esperaba, no hay responsabilidad de parte suya. Si el resultado se malogró por culpa grave o dolo del médico-deudor, es claro que debe responder.

Las obligaciones del médico, frente al derecho, provienen de su actividad consciente y, por lo tanto, son la contrapartida de los derechos del enfermo que ha acudido en busca de ayuda o atención; derechos y obligaciones que están establecidos en la ley. Todo acto médico desde esta perspectiva, es un acto jurídico o un hecho jurídico; es decir, de todo acto médico se derivan consecuencias en el ámbito del Derecho.

En general, estas actuaciones van precedidas de un acto jurídico (contrato consensual); si el médico lo cumple, genera derechos a su favor y si lo incumple, genera sanción. Es preciso, no obstante, advertir que, tratándose (en la mayoría de los casos), de una obligación “de medio” y no “de resultado”, el acto jurídico se cumple a cabalidad siempre que el médico haga lo correcto (sin importar si alcanza el resultado querido), o lo incumple si no actúa con la propiedad que la ciencia exige.

Esto es conocido desde hace muchos años por la jurisprudencia colombiana, en cabeza de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia del 5 de Marzo de 1940):

“...La obligación profesional del médico no es, por regla general, de resultado sino de medio, o sea que el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia, y los dictados de su prudencia, sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de éste...”

Qué criterios existen, desde el punto de vista legal, para reconocer cuando una obligación es de medio o de resultado? La primera la presenta el Profesor Tamayo Jaramillo:

“...En la práctica lo que caracteriza las obligaciones de resultado es el hecho de que el deudor en veces no tiene forma de liberarse, y otras solo lo libera la prueba de una causa extraña; mientras que en las obligaciones de medio el deudor en ocasiones se presume culpable, pero desvirtuar la presunción demostrando diligencia y cuidado, y en otras oportunidades al acreedor o víctima le corresponde demostrar la culpa del deudor...”

De acuerdo con el mismo autor, existen en la práctica tres formas de declarar una obligación como de medio o de resultado:

1. Por decisión expresa del legislador, al establecer que el deudor sea condenado solamente cuando se demuestre culpa, y determine un régimen probatorio de dicha culpa, bien sea porque la carga de la prueba recaiga en el demandante (quien tendrá que probar que el médico actuó incorrectamente) o en el demandado (quien tendrá que probar que actuó en forma adecuada). (Artículos 1730 y 2005 del Código Civil)
2. Por acuerdo de las partes, quienes libremente pueden convenir en que la obligación sea de medio o de resultado, al amparo del artículo 1604 del Código Civil.

3. Cuando ni el legislador ni las partes han determinado si la obligación es de medio o de resultado, se debe tener en cuenta el número de probabilidades de alcanzar el objetivo pactado entre las partes. En el caso de la medicina, debido al gran número de circunstancias y variables no controlables (Anatomía humana, reacciones fisiológicas, enfermedades y lesiones no detectadas a pesar de un buen estudio previo) y de una serie de innumerables sucesos impredecibles, todo acto médico, incluyendo la cirugía estética, debería considerarse como una obligación de medio y no de resultado.

Cooperan, pues, dos elementos: uno material y el otro intelectual (El conocimiento). Pero que ocurre si, como en el caso de la medicina, el elemento material es un organismo vivo que reacciona de manera autónoma? Ocurre que este organismo tiene su propia dinámica, de modo que el médico, aunque puede aproximarse mediante los exámenes que previamente practique en la etapa diagnóstica, nunca sabrá en forma rotunda el comportamiento final sino cuando este ya se haya producido. El “alea”, pues, está presente; y esa dosis de incertidumbre que envuelve todavía a la ciencia médica, impide que el galeno garantice un resultado concreto.

No puede comprometerse por regla general el médico sino hasta donde las variables incontrolables que resulten le permitan. Obligación de hacer, si, pero de hacer “solamente lo que esté a su alcance”. Obligación de asistir médicamente a alguien, poniendo de su parte todos los conocimientos y todo el cuidado con miras a lograr un resultado que, de no alcanzarse, dependerá entonces de otras circunstancias ajenas a la voluntad del profesional de la medicina.

Esta manera distinta de ver el asunto, fue introducida en el derecho alemán por Schlossmann, para quien en toda obligación DEBE DISTINGUIRSE LA CONDUCTA DEL DEUDOR DEL RESULTADO OBTENIDO CON ESA CONDUCTA.

El objeto de la obligación no consistiría en dar, hacer o no hacer algo; el objeto de la obligación sería “la actividad del deudor”. El fin de la obligación sí sería el resultado, pero ese fin puede alcanzarse o no.

Demogue revisó tal teoría diciendo que existen obligaciones que persiguen no sólo la conducta del deudor, sino un resultado concreto. “En lugar de producir un resultado, en otros casos el deudor legal o convencionalmente obligado a tomar ciertas medidas que normalmente son aptas para conducir a un resultado... El médico no promete la curación; solo promete sus cuidados. Se ha pensado declarar culpable a todo médico cuyo paciente muere, a menos que pruebe la fuerza mayor?...”.

Como enseña el expresidente de la Corte Suprema de Justicia, Dr Guillermo Ospina Fernández :

“...Las obligaciones son de medio cuando el resultado a que éstas apuntan sobrepasa lo que el acreedor justamente puede exigir al deudor...Esta clasificación coadyuva en la ardua labor que corresponde a los jueces de determinar, en cada caso concreto y según las circunstancias, si la obligación ha sido cumplida o no, o, mejor aún, si la prestación o prestaciones que ella impone han sido o no ejecutadas...”.

En Argentina, la doctrina general se encuadra dentro de las obligaciones de medio:

“...No debe perderse de vista que también la ciencia médica tiene sus limitaciones, y que en el tratamiento clínico o quirúrgico de las enfermedades existe siempre un alea que escapa al cálculo más riguroso o a las previsiones mas prudentes y, por ende, obliga a restringir el campo de la responsabilidad... El médico, cualquiera fuere la fuente de su obligación, contractual o aquiliana, nunca puede prometer la conservación de la vida del paciente ni la extirpación de la dolencia; basta que actúe, en la conducción de sus actos profesionales, con la diligencia común a todo ser humano...”

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, como hemos mencionado, también ha decidido exigir al médico sólo los medios que tiene posibilidad de poner al servicio de la salud del hombre y no los resultados que ese hombre esperaría de un médico omnipotente.

“...la jurisprudencia considera que la obligación que el médico contrae por acuerdo es de medio y no de resultado, de tal manera que si no logra alcanzar el objetivo propuesto con el tratamiento o la intervención realizada, solamente podrá ser declarado civilmente responsable y condenado a pagar perjuicios si se demuestra que incurrió en culpa por haber abandonado o descuidado al enfermo o por no haber utilizado diligentemente en su atención sus conocimientos científicos o por no haberle aplicado el tratamiento adecuado a su dolencia a pesar de que sabía que era el indicado...” (Nov 26 de 1986. Magistrado Ponente: Dr. Héctor Gómez Uribe).

La posición actual del Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de Abril de 1994, expediente 7973, Magistrado ponente Dr. Julio Cesar Uribe Acosta) es la siguiente:

“...el ad quem desea dejar en claro que la responsabilidad médica sigue siendo tratada en la Jurisprudencia de la Corporación como de MEDIOS, o sea de PRUDENCIA Y DILIGENCIA, lo que obliga al profesional de la medicina y a los centros de atención, a proporcionar al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos científicos, y a la práctica del arte de curar, son conducentes para tratar de lograr el FIN deseado, siendo igualmente cierto que no se puede ni debe asegurar la obtención del mismo. Esta verdad jurídica impone que, de acuerdo con los principios generales que rigen la carga de la prueba, le incumbe al actor la demostración de los hechos en que funda su pretensión, y al demandado la prueba de los hechos que excusan su conducta. En esta materia la Sala solo reinvidica la precisión jurisprudencial que hizo la sentencia del 30 de Junio de 1992, con ponencia del Dr. Daniel Suárez Hernández, cuyo universo conceptual no compromete, en el caso en comento, el centro de imputación jurídica

demandado, que como en antes se dijo, atendió a la paciente en forma razonable.

El sentenciador no avala la tesis de quienes predicen que la prestación del servicio médico es una ACTIVIDAD RIESGOSA y que, por lo mismo, su sola ejecución defectuosa comporta una suerte de responsabilidad objetiva, extraña a la idea de CULPA. Por ello no se comparte el criterio de quienes en la doctrina expresan su adhesión a soluciones de legue ferenda y proponen que la sola presencia de la infracción dañosa genera presunción de culpa en contra del médico o del centro hospitalario en que se atendió el enfermo. Es por eso que el profesor Jorge Bustamante Alsina, al ocuparse del estudio de la materia, enseña: Este amplio criterio de razonabilidad de que dispone el juez en orden al deber de buena fe con el que deben actuar las partes en el proceso y en relación al mérito probatorio de los elementos arrimados al juicio, permitirán a aquel en el momento de dictar el fallo, determinar presunciones “homini” de culpa contra la parte que observe una conducta pasiva para demostrar su no culpa, cuando se hallaba en condiciones más favorables de hacerlo (favor probationes) que el accionante, a su vez, para probar la culpa del demandado. Esta aplicación del concepto de carga probatoria dinámica es de excepción, pero sin duda se compadece con el criterio de equidad en la relación procesal entre las partes (Teoría General de la Responsabilidad Civil. 8 Ed, Abelardo Perrot, pag 497).

Sentencia No. T-468/94

Relación entre el médico (institución hospitalaria) y la paciente

4. Entre la paciente y el hospital existe una relación contractual, en la que éste último se obliga a la prestación del servicio de salud a cambio del pago de una tarifa o precio. Cabe recordar aquí que la prestación del servicio público de la salud supone una obligación de medio para el médico o la institución hospitalaria, consistente en utilizar diligentemente los recursos humanos, científicos, técnicos y presupuestales a su disposición para procurar el restablecimiento

de la salud del paciente, lo cual excluye una obligación de resultado que garantice el éxito del tratamiento.

La naturaleza de la relación médico-paciente determina que, en principio, los conflictos que se presenten en desarrollo del tratamiento médico se circunscriban al plano contractual. El incumplimiento de lo inicialmente pactado o la indemnización derivada de errores o fallas que ocasionen perjuicios a las partes, son extremos cuya discusión y resolución corresponde ser dirimidas a la justicia ordinaria, o administrativa, según el caso, y no a la jurisdicción constitucional.

5. No obstante, no todos los conflictos que pueden presentarse en desarrollo de la relación prestacional quedan subsumidos bajo la órbita del contrato o de la responsabilidad. En particular, ciertas actuaciones u omisiones de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, encargadas del servicio público de la salud, pueden afectar de manera directa los derechos fundamentales, y dar lugar a su protección por vía de la acción de tutela.

LA LEX ARTIS EN MEDICINA

De las cuatro características principales que distinguen al acto médico (profesionalidad, ejecución típica, licitud y Lex Artis), la práctica de la medicina, mirada desde la Lex Artis merece un especial análisis, por la sutileza de sus principios en un mundo científico en permanente cambio.

La sociedad, que a través de sus autoridades académicas y políticas otorga un título profesional, supone la competencia de quien lo recibe y lo encuadra dentro de un régimen general de responsabilidad, pero siempre teniendo en cuenta las condiciones propias de su profesión y oficio. El profesional de la medicina, al igual que los de otras ramas del conocimiento (ingenieros, abogados, arquitectos, etc.), posee una compleja estructura teórica que se integra y asimila luego de

muchos años de observaciones y estudios. Esta estructura teórica debe plasmarse en resultados concretos a través del manejo de técnicas especiales. Y quien aplica estas técnicas lo hace imprimiendo su sello personal, su característica individual. Estos tres aspectos integran el ejercicio médico: ciencia, técnica y arte.

La locución latina *Lex Artis*, literalmente ‘ley del arte’ o regla de la técnica de actuación de la profesión de que se trata, ha sido empleada para referirse a aquella evaluación sobre si el acto ejecutado se ajusta a las normas de excelencia del momento. Por lo tanto, se juzga el tipo de actuación y el resultado obtenido, teniendo en cuenta las características especiales de quien lo ejerce, el estado de desarrollo del área profesional de la cual se trate, la complejidad del acto médico, la disponibilidad de elementos, el contexto económico del momento y las circunstancias específicas de cada enfermedad y cada paciente.

Dentro de la medicina existen actos de distinta complejidad. No es lo mismo un acto diagnóstico que uno quirúrgico. No es lo mismo formular un analgésico que practicar una transfusión sanguínea. Dentro de esta óptica, en la evaluación del acto médico, deben tenerse en consideración la mayor parte de variables que inciden en la consecución de un resultado, particularmente la complejidad del acto en sí, la gravedad del enfermo sobre quien se ejecuta el acto, la disponibilidad de recursos técnicos y humanos, y la preparación de quien ejerce.

La *Lex Artis* tiene en cuenta la actuación y el resultado. Se basa en el cúmulo de conocimientos de la profesión en el momento en el cual se juzga o evalúa la acción médica y lo que con ella se obtiene.

No se puede apreciar con la misma severidad el concepto renacentista del denominado ‘pus laudable’ (diagnosticar una herida como ‘sana’ si se acompañaba de supuración), con un tratamiento con antibióticos modernos. Simultáneamente, no es justo comparar un acto quirúrgico que se ejerce de urgencia en una apartada región por un médico general que actúa bajo un estado de necesidad, y el que se practica al mismo

tiempo en una clínica especializada de una de las principales ciudades del país, con todos los elementos técnicos a disposición del cirujano.

Si proyectamos el ejercicio médico hacia el futuro, es muy probable que, como decía el maestro Guillermo Fergusson, los médicos recuerden el uso de las drogas quimioterapéuticas que actualmente utilizamos para el tratamiento del cáncer con el mismo horror con que nosotros miramos el uso de aceite hirviendo en las heridas. Igualmente, las generaciones venideras contemplarán nuestros hoy tan admirados métodos de cirugía de corazón abierto, como una de las más salvajes agresiones al organismo de una persona. A pesar de todo, estos dos ejemplos constituyen la Lex Artis de hoy en el manejo de enfermedades muy específicas (cáncer y algunas afecciones cardíacas) y son la ‘excelencia’ del ejercicio médico actual para combatir sus efectos sobre estos enfermos.

En resumen, la Lex Artis orienta a través de una serie de normas técnicas y procedimientos que pueden aplicarse en situaciones similares. Debido a la diferencia entre las personas, se establece por analogía y su evaluación corresponde a quienes conocen la profesión con mayor profundidad: los mismos médicos.

La Lex Artis es experiencia, es estudio, es actualización periódica. Para abordar su esencia debemos ubicarnos en contextos históricos y sociales determinados. En medicina, se aprende de los casos clínicos, de la investigación, del contacto con otros médicos y, sobre todo, de la experiencia críticamente dirigida, la cual llega a ser acumulativa. A este respecto expresaba el filósofo John Locke:

“[...] supongamos que la mente sea un papel en blanco, limpio de todo signo. ¿Cómo llega a tener ideas? ¿De dónde saca todo el material de la razón y del conocimiento, ese prodigioso cúmulo, esa variedad casi infinita, que la activa imaginación ha pintado en ella? Contesto con una sola palabra: de la experiencia. Este el fundamento de todo nuestro saber, que de ella deriva en última instancia.”

LEX ARTIS Y CIENCIA

La ciencia agrupa todos los conocimientos demostrables. El pensamiento científico ha hecho al ser humano capaz de transformar la naturaleza y la sociedad. Sus fundamentos históricos son ancestrales y sus conceptos, en constante evolución resisten el embate del tiempo. Según Descartes, los criterios de verdad quedan sujetos a la percepción clara y nítida de los objetos y los fenómenos: “*Illud omne esse verum quod valde clare et distincte perceptio*”. Y llamaba claro a aquel conocimiento presente en los espíritus atentos, y que es tan preciso que se diferencia de todas las demás cosas. Así, una idea es verdadera porque es clara y evidente a la razón. Pero, queda entendido, el conocimiento es desde esta óptica, subjetivo.

Si por conocimiento entendemos el conjunto de representaciones intelectuales sobre las cuales tenemos certeza de verdad, es necesario distinguir entre el conocimiento vulgar y el conocimiento científico. El primero simplemente conoce la cosa o el hecho, sin dar la explicación ni razones metódicas. El segundo, en cambio, explica y razona sobre las cosas y los hechos conocidos y los expresa con cuidado para evitar errores. Las formas sistemáticas de conocimiento, o disciplinas intelectuales, pueden ser de tres tipos: humanísticas (el cultivo de la mente y los sentidos. Ej.: lógica, filosofía y arte); tecnológicas (acción sobre el medio ambiente para transformarlo); y científicas (explicación de la realidad para predecir su comportamiento).

La Ciencia es pues una forma coherente y sistemática de conocimiento que acepta y explica la realidad, predice su conducta y la controla. El ser humano trata de entender el mundo para cambiar la realidad circundante en su propio beneficio. El cuerpo de ideas obtenido después de probar la certeza del conocimiento constituye la ciencia, es decir, el conocimiento racional, sistemático, exacto y verificable. La ciencia busca construir explicaciones a partir de observaciones organizadas y logradas en condiciones reconocidas como válidas. Su construcción intelectual se crea bajo situaciones históricas y sociales

definidas. Las ciencias de la naturaleza y la sociedad se caracterizan por su racionalidad y su objetividad.

Esta racionalidad debe estar constituida por conceptos, juicios y raciocinios, y no por sensaciones, imágenes o pautas de conducta; sus ideas deben ser capaces de combinarse de acuerdo con algún conjunto de reglas lógicas, con el fin de producir nuevas ideas. Éstas, a su vez, no se pueden simplemente amontonar caótica o cronológicamente, sino que se organizan en sistemas de ideas, esto es, en conjuntos ordenados de proposiciones, que constituyen las teorías científicas.

De otro lado, el método científico es un procedimiento para describir condiciones en que se presentan sucesos específicos. Es la aplicación de la lógica a los hechos observados. A través de ella se plantean problemas, se prueban hipótesis e instrumentos de trabajo investigativo. Su interés se centra en determinar características, propiedades, relaciones y procesos en los hechos observados; es verificable; se puede someter a confrontación empírica; es relativo (sus afirmaciones pueden ser reformadas); es sistemático; es comunicable por medio de un lenguaje específico; es descriptivo, explicativo y predictivo.

El valor científico de una teoría no puede determinarse en relación con su aceptación por la mente humana o por la sociedad misma cuando ésta está inundada de creencias dogmáticas y supersticiones. Esto no quiere decir que la ciencia y el científico no deban ser modestos y humildes frente a la ignorancia de lo que aún no se conoce.

“[...] con casi cada nuevo logro científico, con cada solución hipotética de un problema científico, el número de problemas no resueltos aumenta: y así mismo aumenta el grado de su dificultad; de hecho, ambos aumentan a una velocidad superior a la que lo hacen las soluciones. Y sería correcto decir que mientras nuestro conocimiento hipotético es finito, nuestra ignorancia, nuestra creciente ignorancia es infinita.”

La tecnología es la aplicación de los conocimientos para resolver problemas humanos. Es el juego de procesos, herramientas, métodos, procedimientos y equipo que se utilizan para producir bienes y

servicios. La tecnología hace suposiciones sobre los valores humanos de los productos materiales y la calidad de vida de trabajo, entre otras cosas. Existe una herencia del pasado en tecnología: El desarrollo del lenguaje, la domesticación de animales, la conservación de alimentos, el reloj mecánico, etc. El avance de la tecnología se ha denominado ‘determinismo tecnológico’.

La tecnología determina el curso de la sociedad. Sin embargo, no debemos ser simples usuarios de tecnología, sino administradores de tecnología, tomando decisiones inteligentes que evalúen el impacto de la tecnología sobre los seres humanos y el medio ambiente.

Por esta razón, cuando se habla de la medicina como una ciencia, es preciso considerar a la vez, una tecnología que le proporciona instrumentos y una ética que imprime carácter a su trabajo.

Todos los elementos, científico, tecnológico y ético, pueden compilarse en la Lex Artis, que valora la aplicación del conocimiento médico con los parámetros de la excelencia. Es evidente que para cada época han existido parámetros diferentes, dado el nivel de desarrollo científico alcanzado hasta ese momento. Con el paso del tiempo, unas ‘verdades’ van siendo reemplazadas por otras más firmes y el apoyo de la técnica o de la tecnología abre nuevos horizontes y permite la inauguración de nuevos métodos. Por esta razón algunos filósofos de la ciencia hablan ahora de la provisionalidad del conocimiento, de la falibilidad como principio y de la necesidad de generar, para esta epistemología antidogmática, una ética que considere las implicaciones de los descubrimientos científicos y sus aplicaciones tecnológicas.

Así, la Lex Artis ad Hoc vendría alimentada por el componente ético, que a veces pretende dejarse por puertas con el argumento de que la ciencia debe ser éticamente neutra si se quiere evitar su estancamiento. Pero no sería una ética de viejo cuño, que sobre el hombro del científico esté susurrando a cada paso: “detente, es malo lo que haces, está prohibido por la naturaleza; va en contra de los principios establecidos por siempre.”

Sería una ética que considerara un valor absoluto: la honestidad. Y de él derivará todas sus consecuencias. Porque el médico honesto ‘sabe que no sabe’ o, en el mejor de los casos, ‘cuán poco sabe’. Y entiende que no es depositario de la verdad absoluta, de modo que únicamente el estudio perseverante y el esfuerzo en la práctica harán que la falibilidad se reduzca a su mínima expresión. Y es consciente de la necesidad de una crítica que ponga a prueba sus teorías; y si con la crítica y la discusión encuentra un error, humildemente estará en capacidad y en disposición de aceptarlo y superarlo. ¿Quién duda entonces que una postura ética así, con ese entronque socrático, que es a la vez epistemológico, no se harían mejores profesionales de la medicina?

RIESGOS DEL TRATAMIENTO Y LEX ARTIS

La medicina es por esencia una carrera humanística y de servicio. Su definición se encuentra consagrada en la Ley de Ética Médica. En general, la medicina tiene uno de tres objetivos: detener la muerte, mejorar la calidad de vida o rehabilitar al enfermo. Por esto, mostrar las alternativas a los enfermos es esencial, incluida la búsqueda del mejor momento para intervenir. En esencia, lo moralmente bueno es la ‘buena voluntad’. Con ello no quiere decir que baste solamente con una buena intención, pues además se requiere colocar todos los medios posibles para que lo bueno tenga efecto.

Los riesgos del tratamiento pueden ser: usuales o esperados y poco usuales o no esperados. Los primeros son los que pueden presentarse como complicación del procedimiento en sí mismo. Los últimos constituyen complicaciones inesperadas. La Ley 23 de 1981 habla de la responsabilidad en caso de riesgo previsto (artículo 16):

“La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados.”

Contando con el consentimiento del paciente, que previamente debe haber recibido toda la información necesaria, el médico está asumiendo junto al paciente un riesgo calculado al iniciar una terapia o una intervención quirúrgica y ese riesgo previsto, sólo gracias a su capacidad profesional, podrá ser superado con aproximación científica que únicamente habrán de variar circunstancias externas ajenas o internas del organismo enfermo. Una evaluación cuidadosa del paciente, en sus aspectos físico y emocional, de las condiciones del medio, del efecto estadístico probado de los medicamentos que piensan emplearse, sin olvidar jamás el auto examen sobre las condiciones personales y profesionales propias, son exigencias para el cálculo del riesgo terapéutico o quirúrgico. Un excelente cirujano, que por el acaecimiento de un suceso particular o por el transcurso del tiempo ve alteradas sus condiciones de motricidad fina, cometería una irresponsabilidad si no incluyera esa estimación del estado físico de su propia persona en la valoración del riesgo.

El consentimiento del paciente por sí solo no exime al médico de responsabilidad por daños ocasionados al organismo del enfermo en su salud. La firma del consentimiento, por lo tanto, no equivale a una exoneración del médico, pues ante la ley se estaría renunciando a algo a lo que no se puede renunciar, como lo es el derecho a la salud y la integridad del organismo. Sin embargo, al haberse calculado el riesgo previsto, los efectos secundarios del tratamiento y los riesgos que se pueden correr con el mismo, con base en estudios previos de literatura médica y en la experiencia del mismo médico tratante, se excluye la culpa por negligencia.

El médico no puede someter a su paciente a riesgos no relacionados con la enfermedad que lo aqueja, es decir diferentes a las condiciones patológicas por las cuales se lleva a cabo el acto terapéutico. Esto se contempla en la Ley 23 de 1981 (artículo 15): “El médico no expone a su paciente a riesgos injustificados”.

ERROR MÉDICO

Es necesario mencionar el concepto de error médico. Éste puede evaluarse en dos aspectos: El que surge de simple ignorancia, en cuyo caso se deben examinar las condiciones que llevaron a su ocurrencia. Una de ellas es el denominado 'estado de necesidad', que obliga a intervenir a un paciente en estado de muerte inminente. Por ejemplo, el médico general en el área rural que debe intervenir el abdomen de un herido por arma de fuego en muy mal estado y que al ingresar a la cavidad abdominal pasa por alto alguna lesión de difícil diagnóstico intraoperatorio.

La otra es la ignorancia atrevida, como acontece en casos de otro médico general no calificado para intervenir cirugía ginecológica y que, movido por un afán puramente económico, se aventura en una operación que requiere de gran experiencia y en la que se produce una lesión en la paciente.

No se puede pedir a ningún médico, como no se puede hacer con ningún otro miembro de la sociedad, el don de la infalibilidad. De lo contrario, todas las complicaciones posibles y las muertes probables, deberían ser 'pagadas' por los profesionales de la salud, lo cual es absurdo. Lo que se juzga no es en realidad un resultado inadecuado, sino si ese resultado se origina en un acto negligente que no sigue las reglas del arte del momento, habida cuenta de la disponibilidad de medios y las circunstancias del momento en el cual se evalúe el caso.

El error se define como un concepto equivocado o juicio falso, que lleva a una acción desacertada, de la cual se originan consecuencias perjudiciales. Su concepto es asimilable al de equivocación, acción o efecto por el cual se toma una cosa por otra, lo cual ocasiona formas de interpretación y caminos de solución que dan lugar a una conducta errada.

En el plano jurídico el error es una falsa interpretación de la realidad y puede originarse en multitud de circunstancias:

- El conocimiento no se asimila a la estructura intelectual del individuo (impericia)
- Su aplicación práctica no se compagina con la realidad (imprudencia)
- Su utilización no sigue parámetros lógicos aceptados (negligencia)

Ser idóneo es poseer suficiencia o aptitud para desempeñar una función, sin que esto implique infalibilidad, es decir, no se posee la calidad de ausencia de falla, equivocación o engaño. El juicio del médico constituye aquella facultad del entendimiento por la cual se conoce y compara un grupo de manifestaciones clínicas, con el objeto de seguir una conducta. En el ejercicio de la medicina se parte de la base de un principio general de cuidado, el cual implica un aspecto interno (conciencia de las propias limitaciones y capacidades antes de emprender un acto médico) y otro externo (evitar acciones peligrosas y ejercer dentro del riesgo previsto).

En el plano jurídico, el error médico está constituido como entidad, por una constelación de datos, hechos, síntomas, pruebas y opiniones, que lo diferencian nítidamente del error común o vulgar que dan nacimiento a responsabilidad civil en otros términos. En efecto, si se esta convencido de estar viajando por una vía con prelación y por no detener el vehículo se choca con el que trae la vía, se debe responder por ese error y por el daño que del mismo se ha derivado; hay una norma que indica la prelación de vías y eso basta. O si equivocadamente se estima como preciosa una piedra brillante que se posee y, de buena fe, se vende a otra persona, se deberá responder por el error y resarcir de todo perjuicio a quien tomó la gema falsa creyendo en la palabra de quien la vendió; en este caso, el juicio falso produjo para el vendedor un provecho inmerecido. Estas son equivocaciones en las que un hombre diligente no incurriría en condiciones normales.

Pero un médico que trata de diagnosticar el mal que aqueja a su paciente: Debe siempre acertar, so pena de responder de su equivocación? Habrá de constatarse no un hecho sencillo como los anteriormente enunciados, sino una constelación, un universo, un conjunto, una

suma de signos y síntomas, de respuestas dadas por el paciente, de resultados de los exámenes de laboratorio, de datos suministrados por el estado actual de la ciencia, de información que objetivamente o subjetivamente se entrecruza para obtener, finalmente, una explicación o diagnóstico, que será apenas el punto de partida de una conducta a asumir, o pronóstico.

Y entre el abanico de posibles opciones, el médico tendrá que escoger la más acertada, como quiera que siempre habrá 'otra posibilidad' de interpretar esta realidad compleja. No siendo infalible, el médico puede cometer errores de apreciación, que lo conduzcan a un tratamiento equivocado. Véase, pues, como es diferente el resultado de un error de construcción intelectual, a una percepción simplemente equivocada del objeto. En el primero juegan, además de la corrección ontológica (adecuada percepción del objeto), la corrección lógica (adecuada construcción del raciocinio).

Para saber si ésta es la casa de Arturo, simplemente he de preguntar y escuchar la respuesta: sí o no. Para saber, en cambio, si Arturo está enfermo de hepatitis, habrán de conjugarse muchos juicios, inferencias, deducciones y observaciones sensoriales correctas, mezclados entre sí.

El médico emite conceptos y basado en ellos realiza acciones; en todo el trayecto, el error permanecerá al acecho. Debido a esto, el problema esencial no estriba en plantear un diagnóstico, sino en darle una certeza definitiva. Utilizando términos estadísticos, cuando se encuentra presente el azar, cualquier forma ordenada de conocimiento trata de delimitar las causas de error, para hablar entonces del 'margen de error' en sus resultados.

¿Puede equivocarse el médico al efectuar un diagnóstico o al prescribir el tratamiento? Obviamente que sí. ¿Debe responder el médico por cada error que cometa en su actividad profesional? ¡No! Únicamente responderá del error culpable, esto es, del ocasionado en una imperita, negligente o imprudente práctica profesional, siempre a la luz de la Lex Artis o norma de excelencia del momento en el cual se juzgue su conducta.

No se observa en el presente proceso ningún indicio de negligencia, imprudencia, impericia o ruptura de la Lex Artis por parte de los médicos encartados.

Son suficientes las consideraciones precedentes para que el tribunal nacional de ética médica en uso de sus facultades legales

RESUELVA:

ARTICULO PRIMERO: declarar que no existe mérito para abrir investigación en contra de los doctores Carlos Alberto Espinosa Correa y Fabio Heliodoro Martinez Pacheco.

ARTICULO SEGUNDO: Confirmar la providencia de DECISION INHIBITORIA por parte del Tribunal Seccional de Etica Médica de Bogotá.

ARTICULO TERCERO: Ordenar el archivo del proceso al mencionado Tribunal Seccional.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JUAN MENDOZA VEGA, Presidente;
FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente;
MIGUEL OTERO CADENA, Magistrado;
GUILLERMINA SCHOONEWOLFF DE LOAIZA; Magistrada;
EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado;
EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico;
MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

**CONDENA A ANESTESIOLO NEGLIGENTE Y
MÉDICO GENERAL QUE FUNGE DE CIRUJANO.**

Bogotá D. C., noviembre catorce (14) del año dos mil (2000).

**SALA PLENA SESION No. 647 DEL CATORCE (14) DE
NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL (2000).**

REF: Proceso No. 290 Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca

Denunciante: Vanessa Mejía Alzate

Contra los doctores Jaime Vivas Pacheco y Raúl David Pardo Yaruro

Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Rey Forero

PROVIDENCIA No. 033-2000.

VISTOS.

Por providencia del 13 de septiembre de éste año, el Tribunal Seccional de Ética del Valle del Cauca, determinó no aceptar los descargos presentados por los Drs Jaime Vivas Pacheco y Raúl David Pardo Yaruro, procesados disciplinariamente por la atención de cirugía plástica prestada a la señorita Vanessa Mejía y determinó que era del caso imponer sanción superior a seis (6) meses de suspensión en el ejercicio de la profesión médica, razón por la cual en obediencia a lo ordenado en el artículo 83.d de la ley 23 de 1981 determinó remitirlo a ésta Corporación.-

El defensor Dr. Javier Valencia Zapata, defensor del Dr. Vivas Pacheco interpuso recurso de apelación en el momento de la notificación de la providencia previamente mencionada.-

El Dr Daniel Enrique Muñoz Torres, apoderado del Dr. Pardo Yaruro interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación.-

La secretaria del Tribunal, con buen criterio hizo caso omiso de los recursos interpuestos y cumpliendo con lo ordenado en el numeral 5 de la parte resolutive de la providencia, ordenó la remisión del expediente a ésta Corporación.-

La Sala procede a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

HECHOS:

Fueron sintetizados así en la providencia de primera instancia:

“ Este proceso por queja de la señorita. Vanessa Mejía (de 22 años de edad) el 25 de septiembre de 1997, ratificada bajo juramento un mes después el 24 de octubre, por las notorias alteraciones anatómicas y funcionales que presentó en sus senos después de ser sometida a una intervención quirúrgica de mamoplastia reductora en la Clínica Santa María el 2 de septiembre de 1994 por los médicos denunciados, o sea tres años antes de la denuncia ante el Tribunal de Ética Médica.-

“ El estado post-operatorio de la paciente fue descrito así en el reconocimiento médico legal que le fue practicado a la srta Mejía Alzate en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, regional Sur,

“ Historia clínica forense “.-

“ Dictamen psiquiátrico: “ Valorada el 2 de abril de 1996 se concluyó presenta cambios en su imagen síquica, así como en su feminidad, la cual requiere no solo ayuda quirúrgica sino psicológica con el fin de ventilar, clarificar y manejar los traumas sufridos con el proceso quirúrgico a que fue sometida, como también sus sentimientos respecto a ella .-

“ Dictamen de lesiones personales: “ Examen físico: examinada el 17 de enero de 1997 a las 11:50 presenta:

1. “Cicatriz normocrómica con tatuaje de sutura alrededor del pezón derecho, el cual tiene una forma irregular y se encuentra muy alto respecto a la posición anatómica normal de éste.-
2. “Cicatriz plana, ligeramente hiperocrómica de 10 cms en el centro de la mama derecha.-
3. “Cicatriz plana, en sentido transverso, en el centro de la mama derecha.-
4. “Cicatriz ovoide, plana, ostensible, localizada en el lugar del pezón izquierdo, donde además se observan restos de tejido del pezón.-
5. “Cicatriz nomocrómica, deprimida, en sentido vertical adherida a planos profundos formando una retracción con su parte central de 8 cms de longitud en la línea media de la mama izquierda.-
6. “Cicatriz ligeramente hiperocrómica, en sentido transverso, plana, de 14 cms en surco mamario izquierdo.-
7. “Se observa marcada diferencia en el tamaño de las mamas, siendo la mama izquierda mucho mas pequeña.

“ No se tuvieron en cuenta los requisitos necesarios para llevar a la paciente en óptimas condiciones al acto quirúrgico, como son los exámenes paraclínicos y la valoración pre-quirúrgica, mas aún con el antecedente de asma que requiere tomar ciertas medidas previas, es de anotar que aunque la paciente se realizó los exámenes paraclínicos ordenados por una cirujana plástica consultada con anterioridad por la paciente, no se tuvieron en cuenta.-

“ No es claro el papel que desempeñaron los implicados en la cirugía, quién fue el cirujano principal y quién el ayudante; es de aclarar que el equipo requerido para realizar una mamopexia consta de cirujano plástico, ayudante y anestesiólogo, cada uno con la preparación adecuada para desempeñarse como tal.-

“ Además según la ley 6ª de 1991 que rige la profesión de Anestesiología prohíbe en un acto quirúrgico realizar labores de anestesiólogo y cirujano al mismo tiempo.-

“ La paciente presenta una deformidad física que afecta el cuerpo de manera permanente, una perturbación síquica secundaria a lo anterior y una perturbación funcional del órgano de la secreción mamaria.-

“ El daño referido es consecuencia de la cirugía realizada, de la cual no se cuenta con elementos suficientes para saber la técnica quirúrgica utilizada; además de haber sido realizada por personal no idóneo, que no ha demostrado tener los conocimientos ni el entrenamiento requeridos para desempeñarse como cirujanos plásticos ni como anestesiólogo.-

“ La norma de atención no se tuvo en cuenta como lo explica los cirujanos plásticos Doctor Rodrigo Neira y la doctora Clara Inés Dorado: “ Considero que era una paciente de riesgo por lo asmática y obesa, lo que debió haberse manejado previamente antes de someterla a un procedimiento programable y diferible; se había podido evaluar disminuir su peso y mejorar las condiciones de su problema respiratorio.-

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS.-

El 30 de mayo del 2000 se recibió declaración juramentada de la señorita Vanessa Mejía Alzate diligencia a la cual compareció igualmente el Dr. Javier Valencia Zapata abogado de la defensa del Dr. Jaime Vivas Pacheco (folios 306 al 310), quien tuvo la oportunidad de interrogar a la quejosa, habida cuenta de que ésta había divulgado públicamente y en varios medios de comunicación los resultados de la intervención quirúrgica practicada.-

Al folio 305 con fecha 26 de mayo de 2000 aparece carta de puño y letra de la señorita Mejía Alzate en la cual manifiesta el deseo de:

“ no continuar tratando el tema de las lesiones personales de la que fue objeto, toda vez, que dichos hechos produjeron en ella serios perjuicios tanto morales como sicológicos”.-

En esta declaración, la quejosa se ratifica de lo expresado con anterioridad al decir, que no se tuvieron en cuenta los riesgos del proceso asmático que tiene desde niña, en relación con la práctica de anestesia general. Expresó igualmente, que no existió una consulta formal por parte del anesthesiologo el cual no hizo una valoración adecuada previa a la cirugía. Además ratifica que el doctor Jaime Vivas se presentó como cirujano plástico (folios 306 a 310).-

Al folio 311 el doctor Javier Valencia Zapata abogado de la defensa del doctor Jaime Vivas Pacheco solicita que por escrito el doctor David Pardo Yaruro de respuesta a algunos interrogantes como:

1. Sí él fue el médico tratante de Vanessa Mejía
2. Si esta persona le habló de padecimiento de asma bronquial previa a la cirugía.-
3. Si su participación fue en calidad de cirujano.-
4. Si tiene conocimiento de la técnica quirúrgica de la mamoplastia reductora detallando el procedimiento.-
5. Sobre sus antecedentes jurídicos penales relativos a su función profesional como médico.-
6. Quién realizó los planos y la planimetría en el cuerpo de la señorita Vanessa Mejía.-
7. Ampliación del concepto sobre el ejercicio de la cirugía y anestesia simultáneamente.-
8. Finalmente si lideró como médico la cirugía de la señorita Vanessa Mejía.-

El 31 de julio del 2000 ante el Tribunal de Etica Médica del Valle del Cauca, se hicieron presentes los doctores Raúl David Pardo Yaruro y su apoderado el doctor Daniel Enrique Muñoz Torres y el apoderado del doctor Jaime Vivas Pacheco, doctor Javier Valencia Zapata, para absolver el interrogatorio escrito dejando por la defensa a lo cual respondió (Folios 331-336):

Que no fue el médico tratante de la señorita Vanessa Mejía. Formalmente contestó no recordar cuántas veces la vió posteriormente a la cirugía, al mismo tiempo refiere no haberla visto. Que la paciente señorita Mejía no le advirtió sobre el asma que padecía.-

Dijo conocer la técnica quirúrgica de la mamoplastia reductora Rehusó dar respuesta clara a la pregunta sobre los antecedentes penales relativos a su actividad como médico. No hizo afirmación sobre la autoría de la planimentúa efectuada sobre el cuerpo de la señorita Mejía.-

Respondió:

“ que los avances de la ciencia permiten que los aparatos suplan al ser humano, excepto en pequeñas procedimientos donde si se requiere muestra presencia, de tal suerte que si contamos con buenos equipos, cualquier procedimiento se hará correctamente sin necesidad de mucho personal médico ”.-

Igualmente negó haber dirigido la intervención quirúrgica sobre el cuerpo de la señorita Vanessa Mejía.-

Esta Corporación procede a realizar el estudio del expediente enviado por el Tribunal de Etica Médica del Valle del Cauca en el cual fue instaurada queja formal por la presunta violación del código de ética Médica por parte de los doctores Jaime Vivas Pacheco Y Raúl David Pardo Yaruro (violación de los artículos 10¹, 15², 16³, 18⁴ y 34⁵).-

1 Art. 10.- El médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente.-

PARÁGRAFO.- El médico no exigirá al paciente exámenes innecesarios, ni lo someterá a tratamientos médicos o quirúrgicos que no se justifiquen.-

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

3 Art. 16.- La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto.- El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares.-

4 Art. 18.- Si la situación del enfermo es grave el médico tiene la obligación de comunicarla a sus familiares o allegados y al paciente en los casos en que ello contribuya a la solución de sus problemas espirituales y materiales.-

5 Art. 34.- La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley.-

La quejosa Señorita Vanessa Mejía Alzate actualmente mayor de 25 años, cuando sucedieron los hechos contaba con 22 años, acusó a los dos profesionales mencionados por haberle practicado una intervención quirúrgica (mamoplastia reductora) habida cuenta de que el gran volumen de sus senos la hacía aparecer con un cuerpo desproporcionado y además esta situación le estaba ocasionando dolores en la espalda.-

Inicialmente consultó a una doctora cuyo nombre es Clara Inés Dorado quien hizo una cotización de la cirugía en un valor superior a un millón de pesos. Como sus recursos no alcanzaban, decidió consultar en las Páginas Amarillas del directorio telefónico llamando a la clínica quirúrgica Santa María. Allí el doctor Jaime Vivas Pacheco quien a la postre figura como presidente de la Fundación Club de la Salud atendió su requerimiento tasando los servicios quirúrgicos en seiscientos mil (\$ 600.000) pesos y le “ garantizó la cirugía reductora de los senos por este valor ”. En esta oportunidad le mostró varias fotografías de plurales intervenciones quirúrgicas realizadas por él (folios 23 y ss) declaración que figura al tenor que la quejosa presenta ante el Juzgado 31 penal Municipal por delito de lesiones personales. (Folio 102) y al dictamen emitido por la oficina regional de sur de Cali del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses Folio 102 a 109.-

Durante las ampliaciones de las versiones rendidas ante el Tribunal Seccional de Etica Médica del Valle del Cauca la señorita Mejía Alzate siempre sostuvo la misma versión contenida en su denuncia inicial, es decir, que el Dr. Vivas le prometió los buenos resultados de la cirugía.-

Es indiscutible que la señorita Vanessa Mejía celebró un contrato con el Dr. Jaime Vivas Pacheco para que le practicara una mamoplastia reductora motivada por los inconvenientes físicos que presentaba . Aunque dicho contrato no existió por escrito, se evidencia su existencia por la mutua voluntad de ambas partes para concertar una prestación de servicios profesionales médicos; acuerdo que significó por parte del galeno en garantizar que disponía de los conocimientos académicos y las habilidades profesionales para realizar ese tipo de

cirugías. Por parte de la paciente, se comprometió con el pago de los honorarios acordados.-

En el folio 61 aparece una hoja de admisión preimpresa, sin número de historia, con fecha septiembre 2/94, en la cual no figura firma de la persona responsable; en ella se expresa la autorización a la Clínica: “ para los procedimientos clínicos médico quirúrgicos necesarios ”.-

Es claro que para la realización de una de éstas intervenciones se requiere una preparación académica y una gran experiencia, porque las consecuencias negativas pueden ser muy desfavorables; es esta la razón por la cual la cirugía embellecedora o reparatoria se ha constituido en una especialidad, que para su ejercicio legal exige de manera necesaria contar con los fundamentos académicos de quién haya hecho esta especialización. En el caso bajo juzgamiento ninguno de los dos galenos que intervino en el procedimiento tenía la especialidad, de allí que esta conducta inidónea constituya un verdadero acto de imprudencia que hace mas grave la conducta y aún más si se tienen en cuenta las graves consecuencias que para la paciente ocasionó esa falta de idoneidad profesional de quienes la intervinieron quirúrgicamente.-

Martínez-Pereda nos ilustra sobre las complejidades y peligros de una mamoplastia reductora cuando nos dice:

“ Mamoplastia, o técnicas de cirugía mamaria, que puede a su vez ser:

“ A.....

“ B) De Reducción.-

“ Un pecho excesivamente grande y caído puede ser preocupante para la mujer y con esta intervención estética de contorno corporal se pretende la reducción y el remodelamiento de las mamas, lo que exige la reducción de la areola a su adecuado tamaño, así como su correcta colocación. Existen diversas técnicas, que en su mayor parte precisan incisiones alrededor de la areola, verticales, horizontales y oblicuas en el pliegue mamario.-

“ La intervención se efectúa bajo anestesia general y requiere una breve hospitalización posterior. Se pretende que esta operación estética deje las cicatrices postoperatorias más visibles al nivel del surco submamario que con el tiempo van reduciendo su visibilidad.-

“ En el postoperatorio se suele colocar algún tipo de vendaje y la intervención conlleva el riesgo de una posible reducción o pérdida de la sensibilidad en una o en ambas areolas que suele mejorar con el tiempo. Al actuar también tejido graso se puede producir una desvitalización o necrosis grasa y la intolerancia de puntos internos 6.-

CONSENTIMIENTO INFORMADO.-

No figuran en el expediente y en el específico de la historia clínica, las advertencias del riesgo permitido y el riesgo previsto que por parte del profesional han debido hacerse manifestas.-

Si bien, los riesgos de complicación en una persona joven pueden ser menores, no pueden desecharse. Los riesgos en cada persona son individuales dependiendo en cada caso, de los antecedentes clínicos y su valoración adecuada por procedimientos, de examen físico y medios paraclínicos.-

Por otra parte, el Dr. Vivas Pacheco figuraba como médico cirujano de la paciente pero al parecer, sin previo aviso quien practicó la cirugía fue el Dr. Pardo Yaruro.-

El consentimiento informado en éste tipo de intervenciones es particularmente trascendente porque debe recordarse que no se trata de una cirugía necesaria, ni urgente; la paciente decide hacerla con el propósito de mejorar su propia presentación y con ello su propia autoestima, que puede redundar positivamente en su salud síquica. De allí que la información que debe dar el médico debe ser muy detallada, no solo sobre los riesgos y consecuencias, sino sobre las posibilidades

6 La cirugía estética y su responsabilidad. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez. Pág. 163. E. Comares. Granada 1997

de mejoramiento, es decir que la operación cumpla con el efecto embellecedor que se busca.-

Comentando la problemática del consentimiento informado el ya citado Martínez-Pereda nos enseña:

“ Con razón Max Hohlhaas tan sólo distingue en esta clase de intervenciones embellecedoras lo referente al consentimiento del paciente y, sobre todo, el grado de información que tiene que dársele, rechazando cualquier distinción por muy equívoca e insegura. Esta especialidad quirúrgica no deroga los principios generales que gobiernan el acto médico y lo más importante es comprender que el acto de cirugía plástica (reparadora o estética) cualquiera que sea, es en primer lugar y esencialmente un acto quirúrgico indisoluble de las reglas en que se alza el arte quirúrgico en su conjunto. Separar la cirugía estética de la cirugía a secas, bajo el pretexto de someterla a reglas específicas, corre el riesgo de liberar a estos facultativos de molestias técnicas y jurídicas, pero sobre todo morales que constituyen una protección independiente del paciente.-

“ Conviene recordar que esta cirugía se define como *la eliminación de alteraciones morfológicas* de la persona, sean congénitas o adquiridas y en tal panorama hay pues teleológicamente un fin totalmente terapéutico, al menos en un sentido lato, no pareciendo que existan algún elemento distinto jurídicamente suficiente para tal diferenciación de un tratamiento sistemático y sancionatorio, aunque su especificidad para un gran sector doctrinal radica en la falta de necesidad de la intervención estética⁷.-

Mas adelante el mismo autor reitera la trascendencia del consentimiento informado en la cirugía estética al afirmar:

“ Parece ser que el tratamiento estético puro se apoya exclusivamente para su justificación en el consentimiento del sujeto. Hoy ya nadie duda que en el tratamiento quirúrgico estético es imprescindible una

7 La cirugía estética..... José M. Martínez-Pereda....pág 278. Ob. Cit.-

declaración de consentimiento por parte del que va a ser intervenido y así se recoge en distintas resoluciones de la casación italiana.-

“.....

“ En todo caso, el defecto de un consentimiento válido puede constituir – por regla general – la fuente de una responsabilidad culpable como en los casos en que el cirujano incumpla su obligación de informar debidamente al paciente acerca de la naturaleza de la intervención, los métodos seguidos, posibilidades de éxito del tratamiento, etc, por realizarse de forma defectuosa el obligado deber de información.-

“ No cabe duda que se impone aquí al sanitario una especie de - compensación – entre la falta de necesidad de la intervención quirúrgica y el alcance del consentimiento, que se presenta forzado en una clara proporción inversa. Tanto menos resulta de urgencia la intervención, tanto más debe informarse al paciente con información completa y veraz, así como de los probables éxitos y riesgos conexos. En casos de intervenciones urgentes, que no admiten espera alguna ya que cualquier demora, por pequeña que ésta sea, acrecienta notoriamente el peligro de un fatal desenlace, el consentimiento puede reducirse al mínimo⁸.-

HISTORIA CLÍNICA.-

Se utiliza en este caso, una hoja preimpresa en la cual (folio 62-63) faltan datos importantes.-

Sus espacios están llenados por signos convencionales que no muestran en forma adecuada la verdadera información que debe contener una historia y figuran unas firmas ilegibles.-

No existen datos del procedimiento quirúrgico, así como tampoco hay datos de la evolución y procedimientos, complicaciones y tratamiento del tiempo postoperatorio.-

⁸ La cirugía estética.....José M. Martínez-Pereda....pág. 281 Ob. Cit.-

Al folio 65 en la hoja de enfermería figura la anotación según la cual quién practicó el procedimiento quirúrgico fue el anestesiólogo Dr. Pardo Yaruro teniendo como ayudante al Dr. Vivas Pacheco.-

Entre los requisitos esenciales que debe tener la historia Clínica Criado del Rio y Seoane Prado nos señalan los siguientes:

- A. Completa.-
- B. Ordenada y actualizada.-
- C. Inteligible.-
- D. Respetuosa.-
- E. Rectificaciones y aclaraciones que sean necesarias con el fin de completar la Historia Clínica.-
- F. Veraz.-
- G. Debe contener los soportes que sean necesarios.-
- H. Debe ser una historia individual, es decir una por cada paciente ⁹.-

Los autores antes citados destacan la trascendencia de la Historia Clínica y de la forma en que debe ser llevada cuando sostienen:

“ La historia clínica para ser útil, ha de estar bien diseñada y reunir lo requisitos o elementos y características indispensables para proporcionar una asistencia médica de calidad. Estos elementos reflejarán, de una parte que el médico está ejerciendo correctamente su deber y derecho de realizar una historia clínica y, de otra parte, el cuidado y esmero que pone en la realización de sus quehaceres médicos. Desde este punto de vista, la historia clínica es un factor a tener en cuenta en la valoración de los casos de responsabilidad profesional. Cuando un médico realiza una historia clínica completa y con el debido cuidado, seguramente realizará el resto de sus actuaciones médicas con la misma diligencia. El nivel de calidad de la historia clínica, su legibilidad, orden....son características que indican profesionalidad del médico y el grado de respeto que le profesa al paciente (Herranz, G., 1992). Una historia con

⁹ Aspectos Medico-legales de la Historia Clínica. María Teresa Criado del Rio. Javier Seoane Prado. Pág 52 y ss E. Colex. Madrid 1999.-

laguna, imprecisiones, errores, falta de sistematización, de claridad.... refleja una actitud despreocupada y descuidada por parte del médico y en caso de demanda es un elemento desfavorable para él (López Muñoz, G., 1991), lo que parece ser ignorado por el colectivo médico cuando no las realiza bien, presentan anotaciones peyorativas o faltan registros importantes (Rodríguez Pasos, M., cit., Fernández, C., 1997). Hasta tal punto es importante como medidor de la calidad asistencial que no sólo es útil para evaluar al médico, sino también a los centros.¹⁰

DEL ACTO MEDICO - LA LEX ARTIS-

La cirugía programada se celebró a las 8 y 45 horas del día 2 de septiembre de 1994, con un tiempo de duración de aproximadamente 3 horas actuando como anestesiólogo el Dr. Raúl David Pardo Yaruro, quien viene desempeñándose en la institución como médico anestesiólogo certificado por el Consejo General de Especialidades Médicas de la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina y graduado en la Universidad Nacional.-

Asistió como ayudante en la cirugía el Dr. Jaime Vivas Pacheco quien es graduado en la facultad de medicina de la Universidad del Valle (folios 9 a 11) y ejerce como médico general.-

Durante todo el proceso se ha discutido la posibilidad científica y profesional de si un médico anestesiólogo puede desempeñarse al mismo tiempo como cirujano en el mismo procedimiento.-

Para resolver esta pregunta, tendremos que buscar cuál es la Lex Artis de la Anestesiología.-

Bien, sabemos que la primera anestesia general fue practicada por el Dr. William T. Morton en el año de 1846 en el Massachutts General Hospital.-

¹⁰ Aspectos Medico-legales María Teresa Criado del Rio. Javier Seoane Prado. Pág 51 Ob. Cit.-

Es importante destacar algunos aspectos históricos sobre el nacimiento de la anestesia y sus primeras experiencias médicas y odontológicas con lo que nos dice Martínez-Pereda al sostener:

“ Aunque el dolor es tan viejo como el hombre, la lucha contra él es tan antigua como la misma medicina, pero la eliminación en las intervenciones quirúrgicas ha tenido lugar recientemente, con motivo del descubrimiento de los anestésicos, considerado como la segunda etapa del progreso científico de la medicina. Ciertamente que desde tiempo inmemorial han existido diversas maneras de aliviar el dolor por medio de determinadas drogas o por otros procedimientos, ninguno de éstos puede compararse con la pérdida completa de la conciencia y de insensibilidad al dolor producido por el anestésico. Ni el cáñamo índico, ni la mandrágora, conocidos remedios en tiempos pasados, pueden compararse con los primeros anestésicos, como el gas hilarante descubierto por Humphry Day en 1800 y empleado cuarenta años después por el dentista americano Horacio Wells.-

“ Como ha destacado Laín Entralgo, la anestesia quirúrgica ha constituido un viejo ideal médico, tomó carta de naturaleza en los quirófanos a través de los siguientes pasos: primera e insatisfactoria tentativa mediante la inhalación de éter sulfúrico por C. W. Long en Danielsville en 1842 y 1843. Y antes el gran científico Faraday había demostrado en 1829, que el éter podía producir la pérdida del conocimiento, pero no se comenzó a utilizar hasta mediados del siglo XIX. Se utilizó para extracciones dentarias bajo la acción del óxido nítrico por H Wells, en Hartford en 1844 y el dentista W. Th. Morton aplicó en Boston el mismo año el éter sulfúrico; asimismo se utilizó en la extirpación de un tumor en el cuello por el cirujano J. C. Warren en un enfermo anestesiado con éter por Morton en 1846. También hay que mencionar la introducción del cloroformo para la anestesia obstétrica por J. Y. Simpson en 1847 en Edimburgo.-

“ El cloroformo había sido elaborado en 1831 por el químico alemán Leibig, pero no se descubrió su actividad como agente anestésico hasta 1847. Muy pronto se señalarían sus peligros, como muertes por síncope

cardíaco o paro respiratorio, pese a que los expertos señalaban un caso entre 5.000.-

“ Lo cierto es que la práctica de la anestesia general se difundió rápidamente por el mundo entero y a ella se unió la anestesia local, tras el descubrimiento de la acción insensibilizante de la cocaína por Koller en 1884. Esta anestesia local se limitaba a una región corporal, sin pérdida general del conocimiento y sin riesgo para los órganos vitales.-

“ La anestesia por infiltración fue obra de P. Reclus en 1889, y de Schleid entre 1891 y 1894; la intrarraquidea, de Bier, Corning y Matas. En 1904 Foruneau sintetizó la estovaína y en 1905, Einhorn y Uhlenfelder introdujeron la novocaína.-

“ Entre la Gran Guerra y la Segunda Guerra Mundial progresó, tanto en Europa como en América, la técnica de la anestesia.-

“ La palabra anestesia procede de las voces griegas *aisthesis*, equivalente a sentido o sentimiento y de *an*, privativa y se define en el Diccionario de la Academia como: “ La falta o privación general o parcial de la sensibilidad, ya por efecto de un padecimiento, ya artificialmente producida “. En el sentido y función de la cirugía constituye un gran medio de insensibilizar al paciente durante el acto médico doloroso, tanto para evitarle el intenso sufrimiento, como para evitar los movimientos bruscos que pueden serle sumamente perjudiciales¹¹.-

En nuestro medio, el Dr. Juan Evangelista Manrique en el año de 1864 practicó la primera ovariectomía y en 1875 el Dr. Samuel Fajardo practicó la primera trepanación con anestesia general por medio de la acción del éter que era inhalado por la boca y nariz.-

En el mes de junio de 1903 se crea la Fundación del Hospital de San José de Bogotá, lugar en donde más tarde se funda la primera escuela de anestesia.-

¹¹ La responsabilidad civil y penal del anestesta. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez pág 11 y ss. E. Comares. Granada 1995.-

El acto de dar anestesia fue considerado durante mucho tiempo como un acto menor que podía ser realizado por estudiantes, enfermera, monjas etc.-

Hacia 1932 el Dr. Juan Marín en el hospital de la Misericordia de Bogotá recibe las experiencias de la Hermana María Hermelinda, quien había sido nombrada como “ cloroformista de dicho hospital ”.-

La especialidad médica ha venido transformándose en forma paulatina y rápida. Ha venido demostrando un gran impacto en la disminución de las complicaciones y mortalidad de los pacientes después de cirugía. En estas últimas décadas ha sido una especialidad que exige cuidado, dedicación, pericia y amplios conocimientos fisiopatológicos.-

Por estas razones debe considerarse como imprudente la acción ejecutada por el Dr. Pardo Yaruro y admitida por el Dr. Vivas Pacheco, porque careciendo de la idoneidad científica para la realización de éstas intervenciones no puede ser mas que imprudente someter a una paciente a tales riesgos como desafortunadamente la realidad nos lo ha demostrado.-

DE LA CULPA MÉDICA.-

De lo anotado anteriormente, se desprende la conclusión que en el proceso de atención quirúrgica de la señorita Mejía, existen signos de impericia y de imprudencia por parte de los profesionales acusados al haber actuado con incumplimiento de lo pactado. Afirmamos la impericia, porque se trata de una especialidad médica que de manera necesaria necesita la formación académica y una experiencia bastante amplia, porque como ya se ha visto las consecuencias pueden ser fatales para los pacientes como lamentablemente sucedió en el caso bajo estudio; es una realidad que entonces que en la actuación profesional investigada se incurrió en impericia por parte de los médicos disciplinados, porque debe recordarse que en el proceso no se demostró que los disciplinados hubieran cursado esta especialidad en

una Universidad Nacional o extranjera debidamente reconocida. Los implicados en este proceso disciplinarios el uno es médico general y el otro especialista en anestesia lo que quiere decir que ninguno de los dos es cirujano y ninguno de los dos tiene la especialidad de cirugía estética; en tales condiciones de precariedad en su formación académica y de entrenamiento en una especialidad tan delicada nos hace concluir de manera necesaria en la existencia de una conducta culposa de impericia e imprudencia, porque evidentemente quien sin dominar un determinado arte o profesión que implique riesgo para terceros y la ejerce evidentemente realiza una conducta imprudente. Los resultados finales de la intervención muestran claramente la relación de causa a efecto. Es decir, que la actuación médica ocasionó un daño en la salud física y mental de la paciente.-

La complejidad de la medicina contemporánea exige que el anestesiólogo y el cirujano realicen conjuntamente sus labores en la búsqueda de un resultado óptimo en beneficio de la salud del paciente, de allí que cueste mucha dificultad, pensar que fuera posible que un mismo profesional de la medicina pudiera estar atento a las modificaciones respiratorias, hemodinámica, de profundidad anestésica etc., y al mismo tiempo de los cambios propios de los tejidos, y órganos sometidos al procedimiento quirúrgico. Aún con el uso de las máquinas modernas sigue siendo imperativo que quien administra la anestesia general esté concentrado en el acto que ejecuta, puesto que los cambios pueden ser instantáneos y la mayor de la veces imprevistos. Además puede ser muy difícil mantener la asepsia.-

LOS ALEGATOS DE LA DEFENSA.-

Como ya se advirtió con anterioridad, la decisión de la secretaria abogada del Tribunal Seccional del Valle del Cauca al desestimar los recursos interpuestos por los defensores de los médicos disciplinados, porque por la propia disposición de la ley, cuando el Tribunal de primera instancia no acepta los descargos formulados por el acusado y considera que se debe imponer sanción de suspensión superior a los

seis (6) meses, por propia disposición de la ley, el proceso debe ser enviado al Tribunal Nacional, para que ésta Corporación determine en primera instancia si es del caso imponer al disciplinado una sanción superior a la anteriormente mencionada¹².-

En las condiciones precedentes ha de concluirse en sana lógica que el auto de primera instancia que determina la remisión del proceso ante el Tribunal Nacional, porque se considera que la falta amerita una sanción superior a los seis (6) meses de suspensión es inapelable, porque así lo dispone la propia ley.-

En las condiciones precedentes bien podría la Sala desestimar los alegatos que como recursos fueron presentados por los abogados defensores de los médicos disciplinados, pero pese a la falta de técnica demostrada y al claro desconocimiento del debido proceso disciplinario la Sala los responderá para garantizar así de manera plena el derecho constitucional de la defensa.-

Pero debe hacerse una aclaración, porque como muy bien puede entenderse si no se está revisando en apelación la decisión de primera instancia, sino que por el contrario se está dictando una providencia de primera instancia, las críticas o argumentos de la defensa dirigidos contra la providencia del Tribunal Seccional del Valle del Cauca no

12 Art. 83.- A juicio del Tribunal Etico Profesional, contra las faltas a la ética médica, de acuerdo con su gravedad o con la reincidencia en ellas, proceden las siguientes sanciones:

- a) Amonestación privada;
- b) Censura, que podrá ser:
 - 1) Escrita pero privada,
 - 2) Escrita y pública,
 - 3) Verbal y pública,
- c) Suspensión en el ejercicio de la medicina hasta por seis (6) meses;
- d) Suspensión en el ejercicio de la Medicina, hasta por cinco años.-

Art. 84.- El Tribunal Seccional Etico Profesional es competente para aplicar las sanciones a que se refieren los literales a, b y c del artículo 83 de la presente ley. Cuando a su juicio haya mérito para aplicar la suspensión de que trata el literal d del artículo 83 dará traslado, dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha del pronunciamiento de fondo al Tribunal Nacional para que se decida.-

serán consideradas, porque como ya se dijo, en éste decisión no se está revisando por vía de apelación aquella providencia.-

El defensor del Dr Vivas Pacheco estima que toda la responsabilidad quirúrgica fue del Dr. Pardo Yaruro, mientras que el defensor de éste último considera que el médico tratante era el Dr. Vivas Pacheco y que su colaboración quirúrgica fue de carácter secundario y colateral.-

No cabe duda de que quien hizo el contrato con la paciente para la atención médica fue el doctor Jaime Vivas Pacheco, quien practicó la cirugía fue el doctor Pardo Yaruro con ayudantía del primero. Es decir, que durante el tiempo quirúrgico la paciente pudo estar desprotegida para los eventos cardio-pulmonares que pudieran necesitar una atención inmediata.

Tanto el doctor Vivas Pacheco como el doctor Pardo Yaruro desatendieron con riesgo para la paciente las normas que rigen la práctica quirúrgica.

Considera la Corporación con base en las reflexiones precedentes, que se encuentra demostrada la responsabilidad disciplinaria de los Drs. Vivas Pacheco y Pardo Yaruro por haber actuado con impericia e imprudentemente, convirtiéndose en causa eficiente de los graves daños a la salud física y síquica ocasionados a la paciente Vanesa Mejía, y que por tanto al haber infringido las normas éticas de comportamiento que obligan a todo profesional de la salud se le debe imponer una sanción que en éste caso por la gravedad de las consecuencias y por impericia e imprudencia manifiesta con que actuaron, debe ser tres (3) años de suspensión en el ejercicio de la profesión médica.-

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en el ejercicio de las competencias que le confiere la Ley

RESUELVA:

ARTICULO PRIMERO: IMPONER sanción de suspensión en el ejercicio de la profesión médica por un período de tres (3) años a los Drs. Jaime Vivas Pacheco y Raúl David Pardo Yaruro, por haber actuado con imprudencia e impericia en la atención quirúrgica que le prestaron a la Srta. Vanesa Mejía.-

ARTICULO SEGUNDO: El comportamiento anterior significó la vulneración de los principios ético-médicos establecidos en los artículos 10, 15, 16, 18 y 34 de la ley 23 de 1981.-

ARTICULO TERCERO: COMUNIQUESE el contenido de esta decisión al Ministerio de Salud, a los Tribunales Seccionales de Etica Médica y a la Federación Médica para que sea fijado en lugares visibles de conformidad con lo establecido en el artículo 53 Decreto 3380 de 1981.

ARTICULO CUARTO: Contra esta providencia proceden los cursos de ley.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNANDO GROOT LIEVANO, Presidente;
EDUARDO REY FORERO, Magistrado- Ponente;
HERNANDO MATÍZ CAMACHO, Magistrado;
JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado;
EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado;
EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico;
MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Abogada Secretaría.

CONDENA A ANESTESIÓLOGO POR ABANDONO DE LA SALA DE CIRUGÍA

Bogotá D.C. julio 6 del año 2004.

SALA PLENA SESIÓN No. 792 DEL SEIS (6) DE JULIO DEL AÑO DOS MIL CUATRO (2004)

REF: Proceso No. 314 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta
Denunciante: Procuraduría Regional del Guaviare
Contra el doctor Octavio Baquero Parra

Magistrado Ponente: Carlos Alberto Gaviria Neira
Providencia No. 33-2004

VISTOS

Se analiza a continuación el proceso 314 del Honorable Tribunal de Ética Médica del Meta (HTEMM) en relación con los hechos motivo de queja recibida BAJO JURAMENTO por parte de Doña MARÍA GLORIA ESPEJO CORTÉS Madre del menor DUVAN ALEXIS DELGADO ESPEJO el día 15/05/03 ante la Procuraduría Regional del Guaviare del departamento del Meta y remitida a la vez por dicho ente ante el HTEMM mediante oficio fechado de mayo 26 de 2004 y recibido en el TNEM el día 27 contra Médicos en averiguación del Hospital San José del Guaviare el Doctor OCTAVIO BAQUERO PARDO.

A fecha junio 1 se lleva a cabo por sorteo la asignación del mencionado proceso y corresponde al Magistrado Carlos Gaviria quien estudia en consecuencia lo registrado en el cuaderno único y ofrece de igual manera sus consideraciones de acuerdo a los siguientes puntos de análisis:

CONTENIDO DE LA QUEJA
RESUMEN DEL PROCESO
HECHOS
CONSIDERANDOS
RESULTANDOS
RESOLUCIÓN

CONTENIDO DE LA QUEJA

Llegué a las 7 de la mañana del día catorce (14) de Abril del año 2003 a consulta médica con mi hijo, DUVAN ALEXIS DELGADO ESPEJO, dos días antes de la cirugía, dos médicos del hospital lo habían visto y ordenaron que al niño debían hacerle una operación de una hernia inguino escrotal derecha. Me presenté al Hospital a las doce y media del día 14 de abril lo entraron para cirugía de ahí nuevamente lo volví a ver sino hasta las cinco de la tarde de ese mismo día y estaba envuelto en una sábana, ya estaba todo tieso, no hablaba ni habría los ojos y de ahí como a las once de la noche los llevaron para hospitalizados del Hospital. Después de que vieron al niño todo enfermo a los dos días siguientes, o sea el miércoles diez y seis (16) de abril de 2003, lo remitieron para Bogotá para el Centro Policlínico del Olaya que es una Clínica Quirúrgica y en ese Hospital le dijeron que el niño tenía neumonía y se encontraba en estado de coma y allí me informaron los médicos que debido a que al niños le aplicaron mucha anestesia y en la cirugía sufrió un paro cardiorrespiratorio y no le habían puesto los aparatos de reanimarlo y no le habían puesto oxígeno. El niño estuvo hospitalizado desde el diez y seis de abril hasta el martes seis (6) de mayo de 2003.

Añade:” ...Mi hijo tiene siete años y estaba haciendo segundo de primaria este año en la Escuela de la Vereda de Puerto Arturo-Guaviare, y él llegó caminando, conciente, porque lo llevaron caminando para cirugía. Añade “...a la fecha el niño quedó en silla e ruedas, no camina, no habla y está en terapias física y terapia de lenguaje...”De los médicos que le atendieron agrega “...Uno sé que fue el Dr. ACAR (sic) y el anestesiólogo, hay (sic) dejo unos papeles

que me entregaron en el Hospital de San José y en Bogotá donde lo atendieron que fue en el Policlínico...”.

RESUMEN DEL PROCESO

La procuraduría abre indagación preliminar 23/0703. Por otra parte el HTEMM a fecha 28/07/07 inicia investigación formal a través del auto del 19/06/03. Corresponde a la Dra. DORA LILIA BAQUERO MALDONADO y el proceso finaliza mediante la investigación del mismo tribunal mediante Proyecto de fallo F 596 A 602 y fallo subsiguiente registrado a folios 604 a 613 en contra del Doctor Baquero, con una sanción consistente en cinco meses de suspensión en el ejercicio de la medicina por violación a los artículos 10 y 15 de la Ley 23 de 1981.

En una primera fase se pronuncia finalizando a folios medios del cuaderno único con bases científicas sobre la lesión causada Folios 300 a 303 (no aporta referencias) y abre formalmente pliego de cargos al Dr. Baquero por violación a los artículos 10 y 15 fecha 16/10/03 (F 304).

Art. 10 “El médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de sus salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente”.

Artículo 15. “El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados”.

(Se omite en dicho texto por parte del HTEMM el contenido total del artículo que aquí se ofrece).

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

Posteriormente reafirma pliego de cargos 23/10/03 sala plena 370. F 365 ofreciendo el fallo definitivo a fecha 23/10/03 del HTEMM.

Recibido el primer descargo F. 473, el HTEMM solicita algunas pruebas adicionales y testimonios a pedido del inculcado, a través de su abogado defensor Dr. PEDRO MAURICIO BARRERO ALMARIO sala plena 381 y Folio 488. Una vez analizados los mismos elementos define, virtualmente en iguales términos, el contenido de la sentencia en Sala plena 390 15/04/04. F 604 a 613.

F 500 en adelante hasta folio 596 se halla la documentación pertinente a algunas de las pruebas y testimonios solicitados antes por parte del Dr. Baquero y de su abogado Dr. Barrero y se ordenan mediante despacho comisorio algunas de las solicitudes hechas por el inculcado, ofreciendo el fallo definitivo a fecha 15/04/04 del HTEMM de la sala plena 390. Dicho fallo es también impugnado. El HTEMM reitera los cargos de la providencia impugnada mediante argumentación sostenida en los folios 620 a 622 y concede el recurso de apelación y así, a través de oficio 0259 de mayo 26/04 esta magistratura conoce del proceso.

HECHOS

A fecha 14 de Abril de 2003 el menor DUVAN ALEXIS DELGADO ESPEJO para ese entonces con siete años de edad, décimo de los hijos de la pareja de sus padres, fue sometido a intervención quirúrgica consistente en herniorrafia inguinal derecha y orquidectomía derecha (Se aprecia Consentimiento Informado a Folio 31 y Eco testicular que documenta criptorquidia derecha F 66 . a F 432 autorización Salud Total para evaluación por Dr. Ahcar) . (Hoja de evaluación anestésica hecha por el propio Dr. Baquero a F.51)

La inducción se llevó a cabo mediante thiopental sódico, Fentanyl y Rocuronio tras lo cual se dio inicio al acto quirúrgico. (Existe registro de la TA y de la Frecuencia respiratoria más no así de oximetría en ese momento) a las 12:35.

Transcurridos algunos minutos, hacia las 12:53 la auxiliar de la sala MARTHA JESÚS BOHÓRQUEZ ARIAS notó llamó la atención del cirujano Dr. ALFREDO SEGUI AHCAR BEDOYA habiendo notado que el sistema de monitoría no señalaba imagen alguna y posterior a verificar que los electrodos se encontraban bien colocados apreció que el niño no respiraba y estaba muy cianótico. El Dr. Ahear suspende la intervención, e inicia maniobras de reanimación que son complementadas de manera inmediata por el Dr. Baquero (después de haber sido llamado por la auxiliar (quien declara a F 283 y 284) que el Dr. Baquero se encontraba a la puerta de la entrada de la sala No 2, (sala en la cual se llevaba a cabo la intervención “ya que él tenía renitis (sic) y tenía estornudadera”...), sin que se requiriera de medicamento adicional restituyendo de manera rápida el Gasto cardíaco, la TA y la saturación.

El Dr. Baquero aprecia que la presión del respirador, que hace que dicho elemento funcione apropiadamente se encuentra en niveles muy bajos por lo que el equipo presenta paro (sic). Dada la recuperación del niño en términos de signos vitales, la brevedad del evento y la normalización de las pupilas, el acto quirúrgico se lleva a cabo como se había planeado con antelación, sin otros inconvenientes. Las circunstancias del evento son registradas a Folio 33 Verso. (El cirujano aduce a F 276 que no notó potenciales cambios en el color de la sangre ya que se encontraba en ese momento, disecando el saco herniario, área que posee poca vascularización).

Una vez finalizado el procedimiento se aprecia que el niño no recupera conciencia, por lo que se continúa el soporte ventilatorio mecánico, se notifica a la Dra. MARTHA ISABEL CAICEDO (F 23) pediatra para el seguimiento, y se traslada al servicio de pediatría. Declaración a F 317.

Cuando el niño se hallaba siendo evaluado por la Dra. Caicedo presenta dos episodios convulsivos de carácter tónico-clónico el primero en MSI y el segundo de MII. Se aprecia gran rigidez y ausencia de la capacidad de Duvan para obedecer órdenes a pesar de controlarse las mismas crisis mediante Diazepam. (F 296).

Posteriormente, para el día 16 el niño es remitido a UCI bajo goteo de dopamina y con ventilación mecánica Al Centro Policlínico del Olaya en donde permanece hasta el día 26 en UCI, cursando infecciones respiratorias, recibe Dexametasona, dopamina y fenitoína; presenta gingivoestomatitis por Herpex y Cándida que son tratadas acorde (F 97). A más de soportes habituales UCI, hallándose intubado en CPO desde el día de ingreso 16/04/03 hasta el 22/04/03. Luego pasa al servicio de pediatría hasta el día 6 de Mayo. Se lee a f. 110 que tolera VO. A f 133 Rigidez de miembros inferiores y debilidad. F 185 Nota de Fisioterapia DELIA EDITH CAMACHO Hipertonía, no relación con el medio (23/04/03), Miembros superiores flexión de codos y miembros inferior4es con extensión y pies en plantiflexión, prensión plantar positiva. No control cefálico y de tronco. Retracción moderada de plantiflexores. Se inicia modulación de tono. Movilizaciones articulares. Estimulación multisensorial. Promoción de control cefálico y de tronco. Promoción de actividad motora voluntaria.

F 239 21/04/03 lectura oficial de escanografía: Normal. Cambios inflamatorios crónicos en antros maxilares, celdillas etmoidales y seno esfenoidal.

De allí es referido a su ciudad de origen y para proceso de rehabilitación es referido según nota repetida a folios 23 y 315, de Mayo/19/04, en donde además se lee sobre Escanografía cerebral: “TAC cerebral con datos de edema cerebral por hipoxia cerebral” a la vez al Instituto Roosevelt, en tanto él y su señora madre permanecen el Hogar de paso Maloka. Dicho proceso toma tiempo comprendido entre Julio 30 de 2003 y el 24 de Diciembre de 2003.

El niño es atendido en el Instituto Roosevelt por Neuropediatría, Fisiatría, Fonoaudiología, Terapia Física de manera constante apreciándose recuperación en términos de su actividad motora, hasta llegar a caminar, correr y comer. Por otro lado su capacidad para el lenguaje continúa siendo muy limitada, apreciándose respuestas mediante monosílabos. Además presenta episodios de risa inmotivada. Fecha 20/12/03 F 558.

Como parte de la evolución se registran numerosas evaluaciones en una de las cuales a folio 57 se lee marcha atáxica, y no conexión con el medio.

Se lleva a cabo escanografía cerebral a fecha Septiembre 25 que es reportada como normal. F 591.

A pedido del Dr. Baquero, el HTEMM realiza solicitud para establecer el estado de Duvan para la fecha de enero de 2004, lo que permite apreciar notable mejoría de la actividad del niño, persistiendo problemas de grado importante en cuanto al desarrollo de la inteligencia. Por otro lado parece que la recuperación del niño sigue siendo favorable y es así como a folio 537 el Dr. JORGE E. ALEMÁN LÓPEZ habla de recuperación casi total “...Camina, corre, come. Posee lesión en el área de intrringencia (sic) 16/02/04

F 553. 07/11/03 Retardo mental leve diparesia espástica trastorno de aprendizaje ((¿?) ilegible)

F 558 Risa inmotivada, nombra al padre no así a sus hermanos Fisiatría 12/20/03. Evolución motora gruesa OK menor a nivel de FCS

F 591 Escanografía (TAC) de septiembre 25 / 04 Normal

F 455 12/07/02 Habla espontáneamente. Marcha atáxica “como borracho”.

Igualmente es evaluado entonces, analizando el material de revisiones previas hasta ese momento, por el DR. HANS CRISTIAN DWORSHAK LOZANO del IMLCF San José del Guaviare, a fecha 10/02/04. F 507 a 510.

Paralelamente se revisan antecedentes del niño a través de su maestra MARÍA CRUZ HELANA RODAS, (F 463) siendo importante aclarar que el niño cursaba el segundo año de primaria, para verificar el grado de desarrollo previo en términos intelectuales.

Tuvo a los seis años TCE (F 342) que motivó remisión a nivel III que nunca se llevó a cabo 12/07/02 DXM

Otros antecedentes demuestran que Duvan había padecido de ataxia y en el pasado se le había ordenado escanografía que nunca se llevó a cabo.

Había presentado infección respiratoria cuando tenía un año de edad a Folio 68 (10/04/97)

CONSIDERANDOS

Como se aprecia de la descripción de los hechos puntuales de este caso, es claro que el Dr. Baquero no se encontraba a la cabecera del enfermo, lo que se constituye en la base inequívoca de la formulación de los cargos que hace el HTEMM. El propio Dr. Baquero no niega de manera alguna este hecho aduciendo que dada una afección viral severa por instantes se había desplazado de la cabecera para sonarse y estornudar y de igual manera no someter al paciente a riesgos mayores. Declaraciones F 265. F 473 y aparte de la solicitud de reposición por su abogado F 478.

Por otro lado aduce, que los equipos con los que el Hospital cuenta carecen de garantías técnicas como en efecto se constata a través de visita técnica llevada a cabo posterior a los hechos para el equipo de la sala No 2. (BLEASE F 516 REVISADO 19/04/03. adoleciendo de numerosas fallas que se corrigen).

Además dice que, el sistema recientemente instalado (tan sólo unos 45 días antes de la intervención, de acuerdo al Dr. Baquero, pero de Mayo de 2002 según se pudo verificar), posee alarmas que nunca han sido confiables a más que, de activarse puede ser que no sean escuchadas por la persona que ha de tomar las medidas para a su vez avisar a quien compete, active manualmente el termo de oxígeno de reserva que debe entonces entrar en uso y evitar que este tipo de complicaciones se presente.

Dichos argumentos se registran en numerosas ocasiones a través del proceso, en primera instancia en su versión injurada del 25/08/03, (F

265) y posteriormente en la diligencia de descargos, 22/01/04 F 473 al igual que en la solicitud de reposición por parte de él a través de su abogado Dr. MAURICIO BORRERO A.

Ahora bien, es claro para el HTEMM que de acuerdo a diversas fuentes para esa fecha, si bien no se registró alteración alguna referente al sistema de oxígeno de la Institución, los diversos componentes de la red de oxígeno que nutre la máquina de anestesia y ésta misma, presentaron fallas que condujeron al grave accidente que a la vez produjo las secuelas referidas en el niño a través del cuaderno único del proceso. (Comité científico-técnico F 285-288).

El Dr. Baquero aduce también que en las salas no hay disponibilidad de balas de oxígeno que daban una mayor garantía en cuanto al suplemento necesario para la máquina de anestesia (50 libras por pulgada cuadrada, pero, de acuerdo a la dirección, no tendría porqué iniciarse un acto anestésico sin que en la sala correspondiente existiere una bala de oxígeno de reserva. Ello se constata por declaración del Dr. EDGAR ENRIQUE PUERTO DUQUE Anestesiólogo 17/02/04 a F. 531).

Por otro lado también es evidente para el HTEMM que ante las circunstancias propias de la Institución y de las deficiencias que eran conocidas para el uso de equipo de anestesia, el Dr. Baquero no podría ausentarse de la cabecera del enfermo bajo ninguna circunstancia una vez iniciado el acto quirúrgico, máxime teniendo en cuenta el uso de relajante muscular.

De acuerdo a la documentación analizada, por parte de la magistrada ponente Dra. Baquero, el HTEMM establece una sanción de cinco meses de suspensión en el ejercicio de la medicina para el Dr. Baquero teniendo en cuenta las circunstancias atenuantes que aquel posee, específicamente, más de 45 años de ejercicio de la profesión sin faltas de orden disciplinario, la evidente ausencia de intencionalidad que fuere en detrimento de la salud del niño, la confesión de su retiro de la cabecera del paciente como consecuencia de una fuerte gripa y las propias ya reconocidas de mal funcionamiento de equipos.

Posterior a los hechos, en efecto, se revisan los equipos, se solicitan y reciben algunos nuevos, se revisa el sistema de alarmas, y se inicia el uso de capnógrafo.

Concluye la providencia de la sala plena 390 de 15/01/04 (F 604 a 612) con la sanción conocida en relación a faltas en contra de los artículos 10 y 15 de la Ley 23 de 1981 de Ética Médica.

RESULTANDOS

Siendo competencia de esta sala el procurar develar los hechos desde el punto de vista de la Lex Artis, más allá de duda razonable, se analizaron los argumentos a los que hace referencia el Dr. Baquero 01/22/04 F 473 en diligencia de descargos Sala plena 379, y también aquellos presentados a través de su defensor F 478, al igual que los contenidos en los F. 615 a 619 siendo necesario confirmar la decisión de fondo del HTEMM 15/01/04 a folios 604 a 612.

Finalmente, por ser considerados pertinentes algunos apartes de la argumentación exhibida por el HTEMM en cuanto a la resolución del recurso de REPOSICIÓN y en subsidio el de APELACIÓN por parte del mismo tribunal, se transcriben a continuación. Folios 621 y 622.

Se cita textualmente al HTEMM:

*Aduce el memorialista en su escrito, que basa su inconformidad, en primer lugar, en la posible incongruencia entre los cargos formulados y la realidad establecida mediante declaraciones que obran en el expediente, respecto a la presencia o no del inculcado en la sala de cirugía. En segundo lugar, alega supuesta violación del derecho de defensa de su poderdante, por cuanto el Despacho, según sus palabras “descartó la recepción y práctica de algunos testimonios” que supuestamente prueban que el doctor BAQUERO PARDO no se retiró de la sala de cirugía en el momento que ocurrieron los hechos, conforma según él, lo sostiene la **SALA PLENA** en el auto de formulación de cargos. Además agrega a este punto, que se le negó la*

posibilidad del ampliar el interrogatorio al doctor ALFREDO AHCAR injustificadamente. El apoderado manifiesta igualmente como un tercer punto de inconformidad en defensa de su poderdante, la falta de personal idóneo de la institución hospitalaria para el control de la red de oxígeno y el mal estado de los equipos como causa del accidente, que según sus palabras, exonera de responsabilidad al sancionado.

*Con base en los argumentos expuestos, solicita el memorialista se **REVOQUE** o modifique la **SUSPENSIÓN** por cinco meses impuesta al doctor OCTAVIO BAQUERO PARDO, para lo cual invoca no tenerse en cuenta únicamente lo expuesto, sino además la trayectoria de casi 50 años de ejercicio profesional.*

*Al escrito se le dio o el trámite correspondiente y se procede a resolver el mismo para lo cual la **SALA PLENA***

CONSIDERA

*Cumplido previamente el procedimiento establecido, dentro del término de Ley, la **SALA PLENA** revisando los antecedentes del proceso en cuanto a tiempo, modo y lugar está claro que los **CARGOS** formulados al doctor **OCTAVIO BAQUERO PARDO**, mediante la providencia de fecha 23 de octubre del año 2003 tienen como fundamento que : “**el inculpado abandonó la cabecera del paciente en salas de cirugía durante el procedimiento anestésico del cual él era el responsable**”, por tanto no tiene porque existir duda para el médico y su apoderado, cuáles eran las circunstancias que se constituían en la base fundamental de los **CARGOS** sin tener porque haberse confundido la **DEFENSA** o pretender confundir a la **SALA**, porque en la parte motiva de la **PROVIDENCIA** se refiere, en uno de sus apartes, a que el Anestesiólogo se había retirado de la sala como supuesto fundamento equívoco de **CARGOS**, por lo tanto esto no es motivo para que se constituya en causal de revocatoria del concepto que tiene la Sala al respecto. Las circunstancias alegadas por el apoderado no son relevantes ya que la **SALA PLENA** sustentó*

*expresamente el CARGO con fundamento en **EL ABANDONO DE LA CABECERA DEL PACIENTE EN SALAS DE CIRUGÍA**, hecho que no tiene duda y es la base fundamental para sancionar al médico, como la causa constitutiva que puso en riesgo la vida y la integridad neurológica del paciente, por lo tanto no le asiste razón al defensor en este asunto.*

*Respecto a la supuesta violación al derecho a la defensa por la no recepción y práctica de algunos testimonios y ampliación del interrogatorio al doctor **ALFREDO AHCAR**, la Sala dejó claro en su oportunidad el fundamento legal y el motivo por el cual no se recibían dichos testimonios, no siendo esta la oportunidad para justificar nuevamente la decisión tomada en su momento. (Dice la providencia de Enero a F 606 que ya había declarado).*

En cuanto a lo manifestado por la defensa respecto a que los equipos se encontraban en mal estado y que el personal para su manejo no es idóneo, esto justifica más aún la atención y el cuidado que el médico debió tener con su paciente, ya que las circunstancias de calidad de los equipos y el deficiente personal lo obligaban a extremar el cuidado y eficiencia en su trabajo, porque de ello dependía la vida de su paciente; el abandonar la cabecera del paciente en un procedimiento como el que ejecuta el anestesiólogo, de por si es causa suficiente que justifica la sanción, pero haberlo hecho en circunstancias de peligrosidad por las razones expuestas por su apoderado, agrava mucho más su responsabilidad.

Esta sala (TNEM), analizando los hechos, los testimonios presentados por diversos actores, las razones de inconformidad en relación con la providencia definitoria exhibidas por el Dr. Octavio Baquero a través de su abogado Dr. MAURICIO BORRERO A. y, finalmente la argumentación en contra de dichas razones de inconformidad dada por el HTEMM, concluye como necesario confirmar, el contenido resolutorio de la providencia de acuerdo con el HTEMM, mediante la cual se sancionó al Dr. Octavio Baquero Pardo, por el término de cinco (5) meses en el ejercicio profesional de la medicina.

En mérito de lo expuesto, la **SALA PLENA DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA** , en uso de las atribuciones que le confiere la ley

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar la providencia de la sala plena 390 del HTEMM con su decisión de fondo de Enero 15 de 2004 del HTEMM, mediante la cual se sanciona al Dr. Octavio Baquero Pardo, por el término de cinco (5) meses en el ejercicio profesional de la medicina por violación a los artículos 10 y 15 de la Ley de ética médica.

ARTÍCULO SEGUNDO: Remitir el expediente en cuestión al Tribunal de origen para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

FDO. JUAN MENDOZA-VEGA, Presidente;
CARLOS ALBERTO GAVIRIA NEIRA, Magistrado Ponente
FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado.

No firma por ausencia justificada;
DIEGO ANDRES ROSSELLI COCK, Magistrado;
EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado;
EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico;
LEONOR ALMEIDA FRANCO, Secretaria (Ad-Hoc).

**NEGATIVA DE RECURSO DE APELACIÓN A
SENTENCIA PRECLUTORIA.**

Bogotá, abril cinco (05) del año dos mil once (2011).

**SALA PLENA SESION No. 1081 DEL CINCO (05) DE ABRIL
DEL AÑO DOS MIL ONCE (2011)**

REF: Proceso No. 1244 del Tribunal de Etica Médica del Valle del Cauca
Contra: Dr. Gustavo Alberto Luna Gómez y Juan Gerardo Cardona Vanegas
Demandante : Sra. Vivian Claudina Mulato

Magistrado ponente. Dr. Efraím Otero Ruíz.
Providencia No. 33-2011

VISTOS :

Mediante fallo del 16 de febrero de 2011 el Tribunal de Etica Médica del Valle del Cauca decidió conceder el recurso de apelación contra el fallo preclutorio del 15 de diciembre de 2010, mediante el cual decidió declarar que no existe mérito para formular cargos contra los Dres. Carlos Alberto Luna G., ginecobstetra y Juan Gerardo Cardona V., anestesiólogo, por supuesta violación a la ley 23 de 1981 en la atención obstétrica brindada el 11 de noviembre de 2007 en la Clínica Imbanaco a la menor Geraldine Vanegas Mulato de 13 años de edad quien después de cesárea por distocia céfalo pélvica y desprendimiento prematuro de placenta presentó pre-eclampsia puerperal con accidente cerebrovascular y hemiparesia derecha del que se recuperó lentamente. Recibida la apelación en el Tribunal Nacional el 28 de febrero de 2011 fue puesta para reparto en Sala Plena del 1 de marzo, habiendo correspondido por sorteo al Magistrado Efraim Otero Ruiz.

Cumplidos los términos legales, se procede a decidir de acuerdo con los siguientes

HECHOS :

La sra. Vivian Claudina Mulato, madre de la paciente, presentó su queja ante el Tribunal seccional el 2 de julio de 2009, más de dos años después de los hechos, para que se investigara a los médicos Carlos Alberto Luna y Juan Gerardo Cardona por supuesta negligencia en el manejo ginecobstétrico de la menor Geraldine Vanegas Mulato. Después de revisar la muy completa y detallada historia clínica (folios 6 a 163) el Magistrado instructor en su informe de conclusiones de diciembre 9, 2010 concluye : “Considero un manejo muy adecuado con un seguimiento muy estricto minuto a minuto, suministrándole todos los requerimientos médicos del caso por parte del personal médico y de enfermería de acuerdo con la *lex artis*. En consecuencia solicito a los Honorables Magistrados no levantar cargos a los médicos investigados y el correspondiente archivo del proceso”.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS :

Los argumentos formulados con anterioridad para llegar a la misma conclusión en relación con el pliego de cargos ésta corporación en providencia No. 32-2010, magistrado ponente doctor Fernando Guzmán Mora, sostuvo:

“...Las dos instancias y su justificación.

La justicia de los hombres es precaria y deficiente, como son limitadas y erráticas las facultades superiores del ser humano.

Esas deficiencias y la natural fabilidad de la justicia de los hombres es la que lleva a que universalmente se haya reconocido las dos instancias como una especie de control, de evitar en la medida de lo posible, lo que es por su propia naturaleza un imposible: los errores judiciales.

El juez cuando toma decisiones se equivoca como consecuencia de sus limitados conocimientos, de la misma manera que yerra cuando interpreta la ley, porque siendo esta una labor criteriológica, no siempre el sentido escogido es el que corresponde a la juridicidad y al derecho.

Pero el juez igualmente se equivoca, porque por esa vía lo llevan los medios de convicción en que fundamenta su decisión y se equivoca porque los ignora o porque lo interpreta de manera contraria a su contenido natural; pero también yerra, porque intencionalmente los que producen la prueba (testigos, peritos, evidencias) manipulan la prueba para que ésta diga lo contrario a lo que naturalmente debe probar. Pero también yerra en sus decisiones cuando quien produce la prueba, dice su “ verdad “, que no corresponde a la verdad histórica, porque el testigo es engañado por sus propios sentidos o el perito se equivoca en su ciencia o en su tecnología.

Serían infinitas las consideraciones que podrían realizarse respecto de los yerros judiciales y de sus múltiples causas, pero esa es la triste realidad de la justicia de los hombres. Es por tal razón que Savigny al referirse a la cosa juzgada, la califica como una “ ficción de verdad “, en cuanto a que debe aceptarse el fallo ejecutoriado de los jueces como una “ verdad “, porque la necesidades política y social (seguridad jurídica) así lo exige, pero no porque se pueda afirmar que el contenido de la cosa juzgada se identifique con la verdad material o histórica de los hechos.

La segunda instancia tiene entonces como objetivo, que un juez, generalmente de mayor trayectoria y sabiduría, - mayoritariamente colegiado -, revise la decisión del juez de primera instancia y pueda corregir en la medida de lo posible los errores en que se pudiera haber incurrido el inferior; pero es obvio, que la decisión de segunda instancia no garantiza el acierto, ni la consecución de la “ verdad “, porque cuántas veces se ha visto que la decisión correcta era la de primera instancia, pero por la organización jerárquica de la justicia la que debe prevalecer es la errónea del superior.

Nuestro Constituyente instituyó la segunda instancia para las sentencias condenatorias en el artículo 29 de la Carta y de todas las sentencias en el artículo 31 del mismo Estatuto al establecerse:

ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

.....

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa.....

; **A IMPUGNAR LA SENTENCIA CONDENATORIA**, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. (Lo destacado no lo es en el texto).

ARTICULO 31. **TODA SENTENCIA JUDICIAL PODRÁ SER APELADA O CONSULTADA, SALVO LAS EXCEPCIONES QUE CONSAGRE LA LEY.**

El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único. Lo destacado no lo es en el texto).

En los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, igualmente aparece consagrado este derecho y es así como en el Pacto Internacional, Ley 74 de 1968 se establece:

ARTÍCULO 14.

1.- Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de

los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

.....

5.- TODA PERSONA DECLARADA CULPABLE DE UN DELITO TENDRÁ DERECHO A QUE EL FALLO CONDENATORIO Y LA PENA QUE SE LE HAYA IMPUESTO SEAN SOMETIDOS A UN TRIBUNAL SUPERIOR, CONFORME A LO PRESCRITO POR LA LEY.

.....” (Lo destacado no lo es en el texto)

En la Convención Americana de Derechos Humanos, Ley 16 de 1072, de manera similar se dispone:

Art. 8o. *Garantías judiciales*

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

h) **DERECHO DE RECURRIR DEL FALLO ANTE JUEZ O TRIBUNAL SUPERIOR.** (Lo destacado no lo es en el texto).

Como se puede concluir de la lectura de los textos Superiores transcritos, el derecho a las dos instancias es únicamente para las sentencias, lo que consecuencialmente nos indica, que los autos pueden ser apelables o no, de conformidad con la voluntad del legislador.

Esa es la razón para que el legislador dentro de su libertad de configuración legislativa haya consagrado la segunda instancia para unos autos y para otros se niega la opción del recurso de apelación.

El principio del juez natural imparcial.

El principio constitucional del juez natural es imprescindible como estructura y garantía de un verdadero Estado de Derecho, porque es una realidad que el funcionamiento armónico de la Nación solo será posible cuando nuestros jueces estén previamente determinados por la ley (art 29), sean competentes (art. 29), independientes (arts 228 y 230) e imparciales (art. 13).

Una de las grandes virtudes del sistema acusatorio radica en que por medio de su estructura se trata de garantizar en la medida de lo posible la imparcialidad judicial, razón por la cual el adelantamiento del proceso está previsto para que dos entes autónomos entre sí, el uno investigue y acuse y el otro practique las pruebas y juzgue.

Con este diseño se evita que fuera una misma institución la que acusara y sentenciara, porque dentro de las muchas limitaciones del ser humano es la marcada tendencia a reiterarse y sostenerse en sus criterios iniciales, para evitar que suceda lo que efectivamente sucedió en el pasado, porque en dicho sistema procesal el juez que acusaba era el mismo que dictaba la sentencia; llegándose a convertir por la fuerza de la costumbre que la sentencia se convirtiera en una repetición de la acusación con un capítulo destinado a la tasación de la pena. Tanto, que en su momento, en los estrados judiciales se comentaba, que la sentencia era un auto de proceder con comillas.

La conservación de la imparcialidad es lo que ha llevado a esta Corporación desde siempre a sostener que el calificadorio (formulación de cargos o la preclusión) no es susceptible de ser apelado, porque si la segunda instancia se admitiera, llevaría a que el Tribunal Nacional como segunda instancia, se tuviera que pronunciar de fondo en el asunto objeto de investigación, criterio que se podría convertir en un peligroso prejuzgamiento cuando eventualmente le tocase conocer de la sentencia en segunda instancia.

Ese ha sido el criterio sostenido en muchos pronunciamientos, entre los que se pueden recordar, el fallo del 18 de mayo de 2004, con ponencia del H. M. Fernando Guzmán Mora, el del 13 de diciembre de 2005 con ponencia del H. M. Juan Mendoza Vega y el del 22 de mayo de 2007 con ponencia del H. M. Fernando Guzmán Mora.

En uno de los últimos pronunciamientos en tal sentido se sostuvo:

C- ETAPA DE JUICIO

LAS FORMAS DE FINALIZAR LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN: PLIEGO DE CARGOS O PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

El Tribunal Nacional de Ética Médica ha expresado en repetida jurisprudencia:

“ En efecto, si leemos detenidamente el artículo 80, literal b), de la ley 23 de 1981, nos percataremos que al enterar por escrito al profesional inculcado de los actos que se le imputan se le señalará fecha y hora para que el Tribunal en pleno lo escuche en diligencia de descargos ”.-

“ Esta norma es incompatible con cualquier recurso, pues su trámite haría inoficioso tal señalamiento.

“ Además, el implicado al sustentar los recursos, de una vez está respondiendo los cargos, con lo que se desconocerá la letra y el espíritu de la norma citada que quiere que los descargos sean rendidos ante el Tribunal en pleno.-

“ Si los recursos no le prosperan, y por tanto se confirman los cargos, la diligencia de descargos se volverá inoficiosa, pues el acusado se limitará a repetir los argumentos que ya le fueron rechazados al decidirle los recursos.-

“ Al concederle recursos al pliego de cargos, quien los decide está prejuzgando, pues si los confirma y, por lo mismo, hace un gran esfuerzo dialéctico para ese efecto, le va a quedar muy difícil proferir posteriormente una decisión absolutoria ”.-

“Esta afirmación aparece particularmente válida con relación al Tribunal de segunda instancia, pues si confirma los cargos prácticamente está condenado anticipadamente, pues el inferior, salvo que aparezcan pruebas contundentes en la etapa de juzgamiento, quedará atado por el criterio del superior y éste a su vez en el fallo definitivo se limitará a repetir los argumentos con los cuales confirmó tal proveído de cargos ”.-

“ Uno de los criterios buscados por el Constituyente de 1991, al establecer la Fiscalía General de la Nación, fue el de consagrar el sistema acusatorio, separando claramente las funciones acusatoria y decisoria, es decir, que quien formula el pliego de cargos no sea el mismo que juzga y decide, para evitar que en una misma persona o entidad se confundan las calidades de juez y de parte acusadora ”.-

“ Esta confusión solo se presenta en el llamado sistema inquisitivo, hoy superado por la mayoría de las legislaciones del mundo. En nuestro país solo subsiste para el juzgamiento de los parlamentarios ante la Corte Suprema de Justicia (art. 235-3 de la Constitución Nacional)”.

“ Desde luego que la justicia ético-disciplinaria está aún lejos de este ideal, pero por lo menos en tratándose del Tribunal Nacional o Tribunal de Segunda Instancia, es preciso quitarle la facultad, que la costumbre y no la ley le atribuyó, de decidir sobre el pliego de cargos, pues, reiteramos, será acusador y juez y, por lo mismo, perderá la imparcialidad necesaria para juzgar, cuando se apela el fallo definitivo”.

“Todo ser humano tiene derecho a ser juzgado con absoluta imparcialidad, la que solo se logra cuando quien adelanta la investigación y formula los cargos no es el mismo que juzga y decide. Y aunque tal principio aún no lo podemos aplicar con relación a los tribunales seccionales, si es posible con relación al Tribunal Nacional, máxime si se tiene en cuenta que de la propia letra del artículo 80 se deduce que el legislador no quiso darle recursos al tan mentado pliego”.

“ A lo anterior debemos agregar, que en los sistemas procesales modernos, la acusación, como la defensa, son atribuciones de la parte, en tanto que la decisión es potestativa del juez. Dentro de la lógica del proceso lo único que puede ser recurrible, como es obvio, son las decisiones judiciales. Por lo mismo, si la acusación es facultad de la parte no debe ser recurrible, pues resulta un contrasentido el que existan acusadores de primera y de segunda instancia.-

“ Además, en los procedimientos disciplinarios no se ha consagrado el recurso de alzada para el pliego de cargos y para corroborarlo nos permitimos citar los siguientes estatutos: “Decreto 250 de 1970 “ por el cual se expide el estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público”, artículos 92, 115 y subsiguientes; Decreto 196 de 1971 “ por el cual se dicta el estatuto de la abogacía ”, en donde ni siquiera existe resolución acusatoria, sino que se corre traslado es de la denuncia y de los documentos que la acompañan, por el término de 10 días (art. 74); Decreto 1660 de 1978 “ por el cual se reglamentan parcialmente las leyes 15 y 20 de 1972, los Decretos 250 y 762 de 1970, 546 de 1971 y 717 de 1978, y otras disposiciones sobre administración del personal de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal ”, artículo 180; y Decreto 1888 de 1989 “ por el cual se modifica el régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, artículos 37 y siguientes.

Esta jurisprudencia ha sido reiterada posteriormente en varias decisiones como la que se produjo el 4 de septiembre de 1995.- Si no se han producido desde aquella época cambios constitucionales ni legislativos que hagan cambiar el criterio de la Corporación, necesario es concluir que se ha de mantener la jurisprudencia de manera inalterable, y todavía con mayor razón, cuando las consideraciones que allí se hacen son precisamente a favor de los intereses del acusado, para efectos de garantizarle una mayor imparcialidad de la segunda instancia y para efectos de tutelar de manera efectiva su derecho a la defensa.-

Por lo anterior, considera este Tribunal que la apelación estuvo erradamente concedida desde el punto de vista procesal, pues la denunciante a estas alturas no es sujeto procesal. Las etapas de investigación preliminar e investigación formal ya se encontraban surtidas y agotadas.

Por lo anterior, debe esta superioridad abstenerse de analizar el recurso de apelación, por considerarla improcedente.¹

En el mismo sentido se había sostenido:

3-INVESTIGACION FORMAL

Una vez se abre la investigación formal, en donde se adjuntan todas las pruebas necesarias, el Magistrado Instructor puede tomar una de dos decisiones y presentarla a la Sala Plena para proceder:

Abrir pliego de cargos, que equivale a una resolución de acusación

Declarar cesación de procedimiento por no considerar que se violó la norma ética. Esta es una sentencia preclusoria o preclusiva.

En este momento procesal, ni el pliego de cargos ni la declaración de cesación de procedimiento puede ser apelada, pues el denunciante no es sujeto procesal. Recordemos que si existe una declaración de apertura de pliego de cargos y el Tribunal Nacional se opone al

¹ Fernando Guzmán Mora. 19 de agosto de 2008

mismo, esto equivaldría a una sentencia absolutoria anticipada o, al menos, a una situación de prejuicio por parte de los magistrados. En idéntica forma, si se dicta una resolución inhibitoria (equivalente a cesación de procedimiento), sería absurdo que el Tribunal declarara que, por el contrario, se abra pliego de cargos, puesto que dicha situación de prejuicio aparecería de similar forma.

En caso de apertura de pliego de cargos, la diligencia de descargos se deberá practicar después de diez días hábiles de haberse recibido la comunicación del pliego de cargos. En ella el médico rendirá su versión sobre los hechos que se le imputan y esa declaración será la base para que el Tribunal tome una de las siguientes conductas

1. Ampliación del informativo por quince días hábiles
2. Pronunciarse de fondo mediante sentencia condenatoria
3. Pronunciarse de fondo mediante sentencia absolutoria

4- SENTENCIA

En caso de sentencia absolutoria o condenatoria, esta tampoco puede ser apelada por el denunciante, pues ya ha perdido hace varias etapas su calidad de sujeto procesal. Es decir, la Ley considera que no tiene legitimidad para actuar dentro del proceso.

EN EL PRESENTE CASO, LA DECISION DEL TRIBUNAL SECCIONAL DE ETICA MÉDICA DE CALDAS ES DE TIPO INHIBITORIO Y NO PRECLUTORIO, PUES SE EFECTUO UNA INVESTIGACION PRELIMINAR Y NO UNA INVESTIGACION FORMAL. EN EL PRIMER CASO SE DENOMINA INHIBITORIA Y EN EL SEGÚNDO SE DENOMINARIA PRECLUTORIA. EN EL PRIMER CASO, EL DENUNCIANTE TIENE DERECHO A LOS RECURSOS DE REPOSICION Y APELACION, PUES TODAVIA ES SUJETO PROCESAL. EN EL SEGUNDO CASO (PRECLUTORIA) NO TIENE DERECHO A ESTOS RECURSOS PUES YA HA PERDIDO SU CONDICION DE SUJETO PROCESAL²

² Fernando Guzmán Mora. 27 de noviembre de 2007.

En el mismo sentido se había sostenido:

EN CUANTO AL RECURSO DE APELACIÓN COMO SUBSIDIARIO

De manera reiterada la Jurisprudencia del Tribunal Nacional de Ética Médica, en decisiones producidas en junio de 1994, el 4 de mayo de 1995, 13 de febrero de 2001 Y septiembre 10 de 2002, ha sostenido que el Auto de formulación de cargos no es apelable:

•..... “Además, el implicado al sustentar los recursos, de una vez está respondiendo los cargos, con lo que se desconocerá la letra y el espíritu de la norma citada que quiere que los cargos sean rendidos ante el Tribunal en pleno”.

“Si los recursos no le prosperan, y por tanto se confirman los cargos, la diligencia de descargos se volvería inoficiosa, pues el investigado se limitará a repetir los argumentos que ya le fueron rechazados al decidirle los recursos”.

“Esta afirmación aparece particularmente válida con relación al Tribunal de Segunda Instancia, pues si confirma los cargos prácticamente está condenando anticipadamente, pues el inferior, salvo que aparezcan pruebas contundentes en la etapa de juzgamiento, quedara atado por el criterio del superior y éste a su vez en el fallo definitivo se limitará a repetir los argumentos de los cuales confirmó tal proveído de cargos.” Providencia 21-02 del 10 de septiembre de 2002. TNEM...”

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle resuelve no reponer ni conceder la apelación.³

Con similares consideraciones se había resuelto:

Por otro lado, ha sostenido este Tribunal Nacional reiteradamente que la providencia por la cual se formula pliego de cargos no es susceptible de recurso de apelación, pues tal recurso iría en contra

3 Fernando Guzmán Mora 30 de mayo de 2006

de la letra y del espíritu de la Ley 23 de 1981 en su artículo 80, cuyo literal b reza:

“b) Declarar que existe mérito para formular cargos por violación de la ética médica, caso en el cual, por escrito, se le hará saber así al profesional inculcado, señalando claramente los actos que se le imputan y fijando fecha y hora para que el Tribunal en pleno lo escuche en diligencia de descargos.”

El párrafo del mismo artículo fija los plazos perentorios dentro de los cuales debe producirse dicha diligencia de descargos, plazos cuya estrechez no fue evidentemente concebida para acomodar la tramitación de recurso alguno; pero si ello fuera poco, es evidente y así se ha sostenido en numerosas providencias anteriores, que la sustentación de una apelación obligaría en ese caso a la defensa a argumentar detalladamente contra los cargos enunciados en el pliego, de manera que se haría inútil una diligencia posterior para presentar esos mismos argumentos o descargos y ante ellos, el tribunal de segunda instancia quedaría en la absurda disyuntiva de tener que aceptar los argumentos, con lo que estaría absolviendo antes de completar el debido proceso, o por el contrario, rechazarlos y configurar con tal rechazo un prejuzgamiento que sería impedimento mayor para desatar cualquier recurso en las etapas subsiguientes del proceso. La sana lógica indica, entonces, que se debe respetar la formalidad establecida en la Ley 23 de 1981 y su decreto reglamentario, procediendo a presentar ante la sala plena del tribunal de primera instancia los descargos relativos a los artículos por los cuales se haya planteado el pliego de cargos, en el caso que se analiza, el artículo 9 de la Ley 23 de 1981.

LAS FORMAS DE FINALIZAR LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN: PLIEGO DE CARGOS O PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

El tribunal Nacional de Ética Médica ha expresado en repetida jurisprudencia:

“ En efecto, si leemos detenidamente el artículo 80, literal b), de la ley 23 de 1981, nos percataremos que al enterar por escrito al profesional inculcado de los actos que se le imputan se le señalará fecha y hora para que el Tribunal en pleno lo escuche en diligencia de descargos ”.-

“ Esta norma es incompatible con cualquier recurso, pues su trámite haría inoficioso tal señalamiento.

“ Además, el implicado al sustentar los recursos, de una vez está respondiendo los cargos, con lo que se desconocerá la letra y el espíritu de la norma citada que quiere que los descargos sean rendidos ante el Tribunal en pleno.-

“ Si los recursos no le prosperan, y por tanto se confirman los cargos, la diligencia de descargos se volverá inoficiosa, pues el acusado se limitará a repetir los argumentos que ya le fueron rechazados al decidirle los recursos.-

“ Al concederle recursos al pliego de cargos, quien los decide está prejuzgando, pues si los confirma y, por lo mismo, hace un gran esfuerzo dialéctico para ese efecto, le va a quedar muy difícil proferir posteriormente una decisión absolutoria ”.-

“ Esta afirmación aparece particularmente válida con relación al Tribunal de segunda instancia, pues si confirma los cargos prácticamente está condenado anticipadamente, pues el inferior, salvo que aparezcan pruebas contundentes en la etapa de juzgamiento, quedará atado por el criterio del superior y éste a su vez en el fallo definitivo se limitará a repetir los argumentos con los cuales confirmó tal proveído de cargos ”.-

“ Uno de los criterios buscados por el Constituyente de 1991, al establecer la Fiscalía General de la Nación, fue el de consagrar el sistema acusatorio, separando claramente las funciones acusatoria y decisoria, es decir, que quien formula el pliego de cargos no sea el mismo que juzga y decide, para evitar que en una misma persona o entidad se confundan las calidades de juez y de parte acusadora ”.-

“ Esta confusión solo se presenta en el llamado sistema inquisitivo, hoy superado por la mayoría de las legislaciones del mundo. En nuestro país solo subsiste para el juzgamiento de los parlamentarios ante la Corte Suprema de Justicia (art. 235-3 de la Constitución Nacional) ”

“ Desde luego que la justicia ético-disciplinaria está aún lejos de este ideal, pero por lo menos en tratándose del Tribunal Nacional o Tribunal de Segunda Instancia, es preciso quitarle la facultad, que la costumbre y no la ley le atribuyó, de decidir sobre el pliego de cargos, pues, reiteramos, será acusador y juez y, por lo mismo, perderá la imparcialidad necesaria para juzgar, cuando se apela el fallo definitivo”

“ Todo ser humano tiene derecho a ser juzgado con absoluta imparcialidad, la que solo se logra cuando quien adelanta la investigación y formula los cargos no es el mismo que juzga y decide. Y aunque tal principio aún no lo podemos aplicar con relación a los tribunales seccionales, si es posible con relación al Tribunal Nacional, máxime si se tiene en cuenta que de la propia letra del artículo 80 se deduce que el legislador no quiso darle recursos al tan mentado pliego ”

“ A lo anterior debemos agregar, que en los sistemas procesales modernos, la acusación, como la defensa, son atribuciones de la parte, en tanto que la decisión es potestativa del juez. Dentro de la lógica del proceso lo único que puede ser recurrible, como es obvio, son las decisiones judiciales. Por lo mismo, si la acusación es facultad de la parte no debe ser recurrible, pues resulta un contrasentido el que existan acusadores de primera y de segunda instancia.-

“ Además, en los procedimientos disciplinarios no se ha consagrado el recurso de alzada para el pliego de cargos y para corroborarlo nos permitimos citar los siguientes estatutos : “ Decreto 250 de 1970 “ por el cual se expide el estatuto de la Carrera Judicial y del

Ministerio Público”, artículos 92, 115 y subsiguientes; Decreto 196 de 1971 “ por el cual se dicta el estatuto de la abogacía ”, en donde ni siquiera existe resolución acusatoria, sino que se corre traslado es de la denuncia y de los documentos que la acompañan, por el término de 10 días (art. 74); Decreto 1660 de 1978 “ por el cual se reglamentan parcialmente las leyes 15 y 20 de 1972, los Decretos 250 y 762 de 1970, 546 de 1971 y 717 de 1978, y otras disposiciones sobre administración del personal de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal ”, artículo 180; y Decreto 1888 de 1989 “ por el cual se modifica el régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, artículos 37 y siguientes.

Esta jurisprudencia ha sido reiterada posteriormente en varias decisiones como la que se produjo el 4 de septiembre de 1995.- Si no se han producido desde aquella época cambios constitucionales ni legislativos que hagan cambiar el criterio de la Corporación, necesario es concluir que se ha de mantener la jurisprudencia de manera inalterable, y todavía con mayor razón, cuando las consideraciones que allí se hacen son precisamente a favor de los intereses del acusado, para efectos de garantizarle una mayor imparcialidad de la segunda instancia y para efectos de tutelar de manera efectiva su derecho a la defensa.-

En resumen, el pliego de cargos, en el proceso ético disciplinario, es inapelable. De igual manera aplica para la preclusión de la investigación.⁴

Las facultades procesales del quejoso.

En el sistema procesal de la ley 600, el quejoso solo podía interponer el recurso de apelación contra el auto inhibitorio, porque cuando se abría formalmente proceso, el denunciante al no ser sujeto procesal le estaba vedada su participación dentro del proceso y por tanto no podía interponer recursos en el transcurso del mismo.

4 Juan Mendoza Vega. 13 de diciembre de 2005.

Hoy la situación es diversa, porque en el sistema procesal acusatorio, Ley 906 de 2004 la víctima tiene derecho de participación en el proceso.

Así se dispone:

ARTÍCULO 11. ***DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS***. El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia, en los términos establecidos en este código.

En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:

- a) A recibir, durante todo el procedimiento, un trato humano y digno;
- b) A la protección de su intimidad, a la garantía de su seguridad, y a la de sus familiares y testigos a favor;
- c) A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código;
- d) ***A SER OÍDAS Y A QUE SE LES FACILITE EL APORTE DE PRUEBAS;***
- e) ***A RECIBIR DESDE EL PRIMER CONTACTO CON LAS AUTORIDADES Y EN LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS EN ESTE CÓDIGO, INFORMACIÓN PERTINENTE PARA LA PROTECCIÓN DE SUS INTERESES Y A CONOCER LA VERDAD DE LOS HECHOS QUE CONFORMAN LAS CIRCUNSTANCIAS DEL INJUSTO DEL CUAL HAN SIDO VÍCTIMAS;***
- f) ***A QUE SE CONSIDEREN SUS INTERESES AL ADOPTAR UNA DECISIÓN DISCRECIONAL SOBRE EL EJERCICIO DE LA PERSECUCIÓN DEL INJUSTO;***

g) A SER INFORMADAS SOBRE LA DECISIÓN DEFINITIVA RELATIVA A LA PERSECUCIÓN PENAL; A ACUDIR, EN LO PERTINENTE, ANTE EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS, Y A INTERPONER LOS RECURSOS ANTE EL JUEZ DE CONOCIMIENTO, CUANDO A ELLO HUBIERE LUGAR;

h) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> A ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, ~~si el interés de la justicia lo exigiere~~, por un abogado que podrá ser designado de oficio;

i) A recibir asistencia integral para su recuperación en los términos que señale la ley;

j) A ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete en el evento de no conocer el idioma oficial, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos. (Lo destacado no lo es en el texto).

En las circunstancias precedentes, habría de concluirse el derecho de las víctimas de interponer recursos y entre ellos, por ejemplo, el de apelar el auto de preclusión en el momento de la calificación del mérito de la investigación.

Un conflicto de derechos y su solución.

En las circunstancias normativas precedentes estamos en presencia de un conflicto de derechos, de un lado, el de garantizar el principio del juez natural y de manera concreta la imparcialidad judicial y de otro lado, el velar por la preservación de las dos instancias en relación con el auto que califica el mérito del sumario.

Frente este conflicto, la Sala se inclina por la preservación de la imparcialidad por ser un principio de rango constitucional (imparcialidad, juez natural, debido proceso) y de otro lado, el principio de las dos instancias para los autos interlocutorios. Ya se había anticipado que el principio Constitucional de las dos instancias es únicamente para las sentencias, razón por la cual se

había concluido que la concesión de la apelación para los autos interlocutorios quedaba dentro del amplio margen de libertad en la conformación legislativa que tiene el Congreso de la República. En tales circunstancias, ante dos principios que entran en aparente conflicto habrá de darse primacía al de orden superior, esto es al principio constitucional, que en este caso no es otro que el de la imparcialidad judicial.

Es por las razones precedentes, que pese al cambio de la normatividad procesal, la Corporación decide reiterar su vieja jurisprudencia, según la cual, para efectos de consagrar y garantizar la imparcialidad judicial, el auto de calificación – pliego de cargos o preclusión -, no tiene apelación....”

De conformidad con el contenido de la jurisprudencia anterior se ha de concluir que los autos de preclusión no tienen apelación por lo tanto esta Corporación se inhibirá de conocer el recurso de apelación.

Bastan las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de las atribuciones que le confiere la Ley,

RESUELVA :

ARTÍCULO PRIMERO: Abstenerse de conocer la apelación contra la decisión de preclusión en favor de los doctores Gustavo Alberto Luna Gómez y Juan Gerardo Cardona Vanegas.

ARTÍCULO SEGUNDO: Devolver el presente proceso al Tribunal de origen, para lo de su competencia.

ARTÍCULO TERCERO: Contra la presente providencia no procede recurso alguno.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

FDO. LUIS ALBERTO BLANCO RUBIO, Magistrado- Presidente;

EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado Ponente;

FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado.

No firma por ausencia justificada;

GERMAN PEÑA QUIÑONES, Magistrado.

No firma por ausencia justificada;

JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado;

EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico;

MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

SANCIÓN POR FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO A CIRUJANO Y ANESTESIÓLO NEGLIGENTES.

Bogotá, junio catorce (14) del año dos mil once (2011).

SALA PLENA SESION No. 1090 DEL CATORCE (14) DE JUNIO DEL AÑO DOS MIL ONCE (2011).

Ref: Proceso 931-06 del Tribunal Seccional de Etica Medica del Valle
del Cauca

Denunciante: Sra Elizabeth Endara Pizarro

Denunciado: Dres Xavier Edmundo Abad Herrera y Jose Juan Carlos
Sierra Mera

Asunto: Apelacion contra sancion

Magistrado ponente. Dr. Fernando Guzmán Mora

Providencia no. 56-2011

VISTOS

El Tribunal Seccional de Etica Medica del Cauca en sesión de 23 de febrero de 2011 decidió no aceptar los descargos planteados por los doctores Xavier Edmundo Abad Herrera y José Juan Carlos Sierra Mera, por hechos ocurridos en septiembre de 2006 y denunciados por la señora Elizabeth Endara Pizarro. En consecuencia condenó al doctor Xavier Edmundo Abad Herrera, de profesión Cirujano Plástico y Reconstructivo, identificado con cédula de extranjería número 280.612 y Registro Médico N 512075/00, a suspensión en el ejercicio de la medicina por espacio de un mes, por violación a los artículos 1, 10, 15 y 34 de la Ley 23 de 1981. A su vez, sancionó disciplinariamente al doctor José Juan Carlos Sierra Mera, médico especialista en anestesiología,

identificado con cedula de ciudadanía número 16.758.988 de Cali y con Registro Médico numero 61.709-D1 con censura escrita y privada por transgresión a los artículos 1, 10, 15 y 34 de la Ley 23 de 1981.

El 15 de marzo de 2011, el abogado defensor Alfonso Martínez Salcedo, identificado con cedula de ciudadanía numero 79.744.907 de Bogotá y Tarjeta Profesional numero 117.259 del HCSJud, interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación. El 4 de mayo de 2011 el tribunal seccional no aceptó reponer el fallo y concedió el recurso de apelación por ante el Tribunal Nacional de Etica Medica. El cuaderno que contiene el expediente fue recibido en esta superioridad el 27 de mayo. Puesto para reparto, correspondió por sorteo el 31 de mayo de 2011 al Magistrado Doctor Fernando Guzmán Mora, quien procede a resolver el recurso con base en los siguientes

HECHOS

La señora Leyda Pizarro fue atendida por los doctores Xavier Edmundo Abad Herrera y José Juan Carlos Sierra Mera en la Clínica Ortiz Monasterio de la ciudad de Cali.

Las hijas de la paciente fallecida, señoras Elizabeth y Sofía Endara Pizarro presentaron queja ante el Tribunal Seccional de Etica Medica del Valle el 7 de diciembre de 2006 aduciendo que la paciente no fue adecuadamente evaluada en el periodo preoperatorio y que las instituciones en donde fue atendida (Clínica Ortiz Monasterio y Clínica Santillana no contaban con los elementos necesarios para atender complicaciones postoperatorias graves.

El 11 de septiembre de 2006 se sometió a la paciente Leyda Pizarro la acto quirúrgico bajo anestesia peridural. Se planeo efectuar lipectomía y lipoinyección, así como pexia mamaria. A la hora de los procedimientos de lipectomía y lipoinyección la paciente presento bradicardia y posteriormente paro cardiaco que no respondió a maniobras de todo tipo.

PIEZAS PROCESALES

1. Ratificación de la queja presentada por las señoras Elizabeth y Sofía Endara Pizarro, hijas de la paciente Leyda Pizarro.
2. Informe de necropsia que reveló cardiopatía isquémica aguda con infarto de miocardio intraoperatorio, Miocardiopatía crónica, arteriosclerosis aortocoronaria y nefritis intersticial.
3. Testimonio del señor Hernando Palma Gaitán, esposo de la occisa, quien afirma que aunque firmó el consentimiento preoperatorio, no se le explicaron los riesgos de la intervención.
4. Versión libre del doctor Xavier Edmundo Abad Herrera, en donde afirma que la cirugía combinada de mamopexia y lipectomía es aceptada, siempre y cuando no se exceda en la cantidad de la liposucción. Dice que la paciente no relataba ningún antecedente de importancia previo.
5. Certificado de autorización para prestar servicios quirúrgicos por parte de la Unidad de cirugía estética del Valle, que poseía permiso para estos efectos desde 2003.
6. Decisión de pliego de cargos del tribunal seccional, debido a la falta de evaluación preoperatoria adecuada, por historia clínica defectuosa y por falta de rigor en la obtención del consentimiento informado, el cual fue firmado por el esposo de la fallecida y no por ella misma.
7. Descargos del cirujano plástico Abad Herrera, en donde acepta que no participó en la firma del consentimiento previo a la cirugía de la paciente
8. Descargos del anestesiólogo Sierra Mera, en donde admite que hubo deficiencia en la comunicación entre cirujano y anestesiólogo antes de la cirugía.

9. Decisión de sanción a los médicos encartados. Al cirujano Abad con suspensión en el ejercicio de la medicina por espacio de un mes. Y al anestesiólogo Sierra Mera de Censura Escrita y Privada

EL RECURSO DE REPOSICION Y EN SUBSIDIO APELACION

El defensor de los médicos disciplinados expresa en su memorial los puntos en los que basa su inconformidad con la decisión sancionatoria, esencialmente en la severidad excesiva con que fue aplicada la sanción impuesta, en especial al cirujano plástico que representa.

El tribunal seccional responde a sus argumentos con disertaciones muy bien fundamentadas acerca de las características de la pena en derecho penal y disciplinario, negando la reposición y concediendo la apelación

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ETICA MEDICA

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

El consentimiento del paciente, o su autorización, es uno de los elementos del contrato de prestación de servicios médicos. Como adelante veremos, para que una persona se obligue a otra por un acto de declaración de voluntad, es necesario que sea capaz, que consienta en dicho acto, que su consentimiento no adolezca de vicios, que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga además una causa lícita (Artículo 1502 del Código Civil).

El estudio de lo que constituye un consentimiento pleno y libre de vicios en los aspectos médicos reviste la mayor importancia. De la manifestación de la voluntad depende que la relación médico-paciente comporte para cada uno de dichos sujetos derechos y obligaciones determinadas.

Si no es libre y exenta de vicios, la autorización o aceptación del paciente no existirá o será invalidada en el terreno legal, con graves consecuencias para el médico. Consecuencias civiles y penales que se convertirán en perjuicios. Y los perjuicios causados a otro se pagan con dinero o con cárcel.

A este respecto, la responsabilidad se define como la obligación de reparar y satisfacer. En este caso es la del médico al incumplir la prestación a la que se comprometió en el contrato-acto de voluntad bilateral- de prestación de servicios médicos.

Nuestra medicina occidental, la mas compleja, tecnificada y sofisticada de cuantas han existido jamás en la tierra, enfrenta un problema adicional de vieja data y tradición histórica: las demandas y quejas de los particulares. T. Ferguson dice con sobrada razón en su excelente artículo: “ Nunca como ahora había tenido la medicina tanta tecnología y tan excelentes resultados. Pero nunca como ahora se habían visto tantas acciones legales en contra de los médicos “

DEFINICION

El consentimiento se define como la declaración de voluntad sobre un objeto (Artículo 1517 del Código Civil). Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o mas cosas en que se trata de dar, hacer o no hacer.

Voluntad, según Kant, es el modo de querer de aquellos seres racionales que, cuando desean un determinado fin, desean también los medios oportunos para alcanzarlo, aun contando con la debilidad en la praxis

Este consentimiento, en el campo médico, puede ser otorgado con fines específicos, entre otros:

- Para tratamiento farmacológico
- Para procedimientos diagnósticos no invasivos
- Para procedimientos invasivos diagnósticos

- Para procedimientos terapéuticos no quirúrgicos
- Para procedimientos quirúrgicos
- Para Cirugía Estética
- Para tratamiento no convencional “heroico”
- Como sujeto de experimentación
- Como donante de órganos

No se hablara en este punto del consentimiento del médico, a pesar de ser indispensable la existencia de contrato de prestación de servicios. Y no se hablara de ello, porque ante la obligación que su juramento le impone, el médico debe actuar, es decir, salvo algunos escasos rarísimos esta “obligado” a prestar sus servicios. Por lo tanto, se hablara esencialmente del consentimiento del paciente.

Los actos humanos, en nuestro sistema jurídico, para que produzcan efectos plenos, deben ser realizados con consentimiento. Ese consentimiento debe ser exento de vicio: error, fuerza o dolo (Artículo 1508 del Código Civil). En caso contrario, el acto estará viciado de nulidad y no producirá ningún efecto o producirá otro distinto al que normalmente se persigue con este obrar.

La ley fija unos parámetros para darle validez al acto jurídico:

1. El consentimiento solo puede ser otorgado por personas mayores de edad. El de los menores genera actos nulos (relativamente nulos o absolutamente nulos, dependiendo de la edad misma).
2. El consentimiento no puede provenir de personas consideradas por la ley como incapaces mentales.
3. El consentimiento debe expresarse ejerciendo la libertad individual. Por lo tanto, cuando se obtiene por la fuerza, genera un acto nulo o viciado de nulidad.
4. Debe existir concordancia entre lo querido y lo aceptado. Por lo anterior, el engaño y el error vician el consentimiento.

CONDICIONES PARA QUE EXISTA CONSENTIMIENTO EN MEDICINA

En los actos médicos, la situación es compleja. Las condiciones mínimas para que pueda existir un acto de consentimiento médico son, de acuerdo con varias legislaciones:

1. CAPACIDAD

La capacidad de los sujetos para poder llevar a cabo un hecho de responsabilidad legal o imputabilidad, se fundamenta en el uso completo de las facultades intelectuales, el criterio suficiente para juzgar los riesgos y alternativas, así como la integridad de las funciones mentales para comunicar esta decisión. De acuerdo al Artículo 1503 del Código Civil: “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellos que la ley declara incapaces”. Y el artículo 1504: “...dementes, impúberes sordomudos que no pueden darse a entender por escrito (Absolutos); menores y adultos disipados que se hallen en interdicción...”

De esta categoría están excluidas legalmente las personas con alteraciones mentales transitorias o permanentes y los menores de edad.

En caso de incapacidad del paciente, sea por problema mental, neurológico u otro, el consentimiento debe ser firmado por su pariente o allegado mas cercano, a quien debe explicarse en la misma forma que al enfermo en uso de sus capacidades mentales.

Este punto se contempla en el Código de Ética Médica Colombiano (Título II, Capítulo I, 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”.

En casos de autorización por parte de los allegados de la persona enferma e incapaz, se presume que al ser ellos personas racionales y

quienes legalmente representan al enfermo, deben tomar una decisión basados en el conocimiento de su personalidad.

En caso de extrema urgencia, cuando se encuentre en peligro la vida de la persona incapaz y su familia no esté presente y no sea posible obtener dicho consentimiento, se debe dejar una constancia muy clara en la Historia Clínica de la situación antes de proceder a tratar el paciente.

2. POSESIÓN DEL DERECHO

Para que exista consentimiento se requiere la posesión o titularidad del derecho, bien o interés sobre el cual el sujeto consiente el acto médico. Este es un punto importante: La vida humana, aunque es disfrutada por la persona individual, es en esencia un bien social que las instituciones protegen por encima de todo. Por lo tanto, en lo que respecta al acto médico, la conservación de la vida prima sobre la calidad de la misma que pueda ofrecerse (Aunque desde el punto vista ético podría ser discutible). Esta es la esencia de la justificación de muchas intervenciones como la cirugía radical parcialmente incapacitante o la quimioterapia en casos de enfermedad maligna, a pesar de los resultados o efectos colaterales molestos que puedan producirse en el enfermo.

Puede servir de ejemplo lo que ocurre con la persona que presenta un tumor maligno de cuello que requiere extirpación amplia que incluye mandíbula, piso de la boca, lengua y parte de las estructuras del cuello, con sus terribles consecuencias estéticas que brindan una supervivencia mayor en cantidad, pero “deficiente” en calidad. También la utilización de drogas antineoplásicas de efectos secundarios tan desagradables como la pérdida del cabello, la postración física del individuo y la aparición de síntomas gastrointestinales intensos a corto plazo.

Podría discutirse en este punto la posición de algunas sectas religiosas, como los Testigos de Jehová, que no aceptan la práctica de transfusiones sanguíneas aun en caso de extrema urgencia. Según algunas opiniones, el médico en estos casos, puede proceder a utilizar la transfusión bajo

el amparo de la ley, pues el derecho a la vida prima sobre el derecho a la libertad religiosa. Según otros, violar esta determinación de la persona viola el derecho a determinar sus creencias religiosas, lo cual también es ilegal.

3. LIBERTAD

Se requiere la libertad de los sujetos, tanto del médico como del paciente, respecto de la decisión de efectuar el acto médico. Es lógico que se excluyen de esta categoría la coacción de cualquier tipo (Física, moral, intelectual, económica, etc) y la falsa información o engaño por parte de cualquiera de los sujetos.

La base del consentimiento es la voluntad de la persona de participar en el acto médico, previo conocimiento de las alternativas de tratamiento y de todas las posibles complicaciones que implique el procedimiento o terapéutica al cual vaya a ser sometido. Por lo tanto, es esencial una buena información al paciente.

La decisión que tome el enfermo es absolutamente personal e individual. Se presume que está escogiendo entre dos riesgos (Dejar progresar la enfermedad al no aceptar tratamiento o someterse al riesgo que este implica).

Esto también está consagrado en el Código Civil (Art 1510): "...El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra..."

Y en el artículo 1511: "...El error de hecho vicia asimismo el consentimiento, cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el que versa el acto o contrato es diverso de lo que se cree..."

4. INFORMACION ADECUADA

La información que se presente al paciente debe ser verdadera, clara, completa y discutida con el mismo. Esta información es un derecho esencial del paciente para poner en ejercicio su libertad. De lo contrario, al presentar el médico una explicación errónea, falsa o

malintencionada, no solamente se está faltando a un principio ético, sino está vulnerando la libertad de decisión del paciente.

Ejemplo: El médico que advierte falsamente al enfermo sobre la falsa urgencia inminente de extirpar unas varices incipientes, susceptibles de manejo no quirúrgico, aduciendo la posibilidad inmediata de una inflamación perentoria (tromboflebitis).

A este respecto puede presentarse la discusión sobre si debe informarse la verdad completa, por las repercusiones que tal información pueda tener en el enfermo que no se encuentra preparado para recibirla. Es obvio que en este punto hay que ser sumamente cuidadoso, pues de la forma como se presenten las cosas al paciente, pueden depender efectos negativos.

Además, puede pensarse que el ser humano agobiado por el dolor y la angustia no se encuentra completamente libre para tomar una decisión trascendental en relación con su cuerpo.

De cualquier forma, una buena práctica consiste en informar siempre a la familia acerca de la situación real del paciente y su enfermedad.

Ejemplo: Un hombre de 40 años tiene una masa en el tórax, secundaria a un tumor maligno en el intestino. El médico le dice en el consultorio que muy seguramente tiene un cáncer metastásico y que las posibilidades de sobrevida son muy pocas, sin tener en cuenta que el enfermo tiene antecedentes de intento de suicidio.

A este respecto hay discusión. Algunos afirman que el paciente debe conocer toda la verdad, con el objeto de arreglar sus asuntos familiares y económicos en forma definitiva. Otros, por el contrario, piensan que no se debe angustiar al paciente y más bien someterlo al tratamiento sin que sepa que su pronóstico es pésimo.

Aunque el médico debe ofrecer siempre alguna esperanza a su paciente, las circunstancias actuales obligan a ofrecer la información en forma clara. De lo contrario, se está agrediendo el derecho de la persona a conocer la verdad y a proceder según sus necesidades.

El tema de la información también ha sido contemplado por la Ley (Ley 23 de 1981, Título II, Capítulo I, Artículo 18):

“Si la situación del enfermo es grave, el médico tiene la obligación de comunicarla a sus familiares o allegados y al paciente en los casos en que ello contribuye a la solución de sus problemas espirituales y materiales”

5. CAUSA O MOTIVO DEL ACTO

El Artículo 1524 del Código Civil dice: “...No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato...”

Por lo anterior, se presume la existencia de una causa para ejercer el acto médico, tanto en el sujeto pasivo (Donación de un riñón por parte de un padre a su hijo que requiere un trasplante), como en el activo (El planteamiento de una terapéutica por parte de un médico a su paciente, debido a una enfermedad específica).

Aquí se parte de la base del comportamiento ético por parte del médico con base en su formación y de la conducta correcta del paciente basada en su correcta información.

El motivo principal del acto médico no puede ser económico. La medicina es una profesión altruista y humana por definición. Si bien es cierto que los médicos deben recibir una remuneración adecuada por su trabajo, el motor principal del ejercicio médico no puede ser el dinero sino la conservación y el mejoramiento de la vida humana.

6. DOCUMENTO

Se insiste en la necesidad de la existencia de un documento en donde expresamente se consienta la práctica del acto médico. Los médicos han prestado atención especial a los procedimientos invasivos, olvidando que cualquier tratamiento puede presentar riesgos y efectos secundarios que deben ser conocidos por el enfermo y expresamente consentidos en forma documental.

En casos de extrema urgencia, el documento debe obviarse por estar de por medio la vida del paciente, dejando una clara nota en la Historia Clínica a este respecto.

7. REVERSIBILIDAD

Por ultimo, debe tenerse bien claro que hay reversibilidad, es decir, la revocatoria del consentimiento por parte del paciente. Consentir un procedimiento no implica no poder marcha atrás en la decisión. El enfermo no solamente puede arrepentirse de aceptar el tratamiento propuesto, sino que puede además cambiar de médico en cualquier momento.

Esto puede aplicar también al médico en forma de terminación unilateral del contrato de prestación de servicios médicos, en casos específicos, también contemplados en la ley.

ALGUNAS DOCTRINAS SOBRE EL CONSENTIMIENTO DEL ACTO MÉDICO

En otros países se habla del “consentimiento bien informado”, es decir, el obtenido de persona capaz luego de un análisis tranquilo y completo de la situación. Y aunque la solución al problema de lo que debe entenderse por “bien informado” aun no llega de manera definitiva, existen ya criterios bastante definidos que permiten un margen grande de seguridad al ejercicio profesional. Veamos brevemente lo que ha sido su evolución.

Las enmiendas añadidas a la Constitución de los Estados Unidos el 3 de Abril de 1791 consagraron la Carta de Derechos y entre ellos el del “debido proceso”, que tuvo como objeto hacer prevalecer la autonomía personal y obligar al Estado a vencer en pleito al individuo con apego estricto a las formalidades legales.

Como consecuencia de estas garantías fundamentales, se reconoció que la órbita de autonomía personal no puede ser invadida arbitrariamente

por nadie. Esta soberanía individual hace presumir que cada quien puede elegir libre y conscientemente la mejor alternativa.

En 1914 se sentó la siguiente doctrina: “Todo ser humano con edad adulta y mente clara tiene el derecho a decidir que se hará con su propio cuerpo; y un cirujano que realiza una intervención sin el consentimiento de su paciente comete un atropello”

De manera que el paciente debía tener, por lo menos, una información básica sobre el asunto en cuestión y la violación de este derecho implicaba la negación del derecho de autonomía de la persona.

Posteriormente (1957-1972) se desarrollo el criterio de informar al paciente de manera “adecuada”, es decir, no ya en forma general, sino teniendo en cuenta las complicaciones, riesgos y alternativas posibles. Nació el concepto de “Negligencia profesional”, en donde interesa conocer si el médico es responsable de un daño causado. Específicamente lo será en todos los casos en que haya ocultado al paciente información sobre el riesgo de los procedimientos.

En 1972 se determina un nuevo esquema de responsabilidad medica: “El derecho del paciente a autodecidir marca los limites del deber de revelar. Dicho derecho solo puede ejercerse eficazmente si el paciente dispone de suficiente información como para posibilitar una elección inteligente” (Caso Canterbury vs Spence). En este caso, el médico ha sido claro y la información exhaustiva; pero además debe tratarse con un paciente capaz de procesar debidamente esta información con el objeto de llegar a una determinación responsable.

Por lo anterior, el derecho que tiene el paciente a la información ha logrado un cambio de actitud en el gremio médico, que algunos consideran peligroso y otros encuentran plausible: Hace 20 anos el 88% de los médicos no revelaban el diagnostico de cáncer; hoy el 98% dice hacerlo en forma rutinaria y completa

Las excepciones hacen referencia a los casos en los cuales el paciente no tiene o tiene menguada su capacidad de decisión por factores

internos (inconsciencia, inmadurez, demencia, etc) o por factores externos que al obrar sobre el sujeto impiden una visión objetiva de la situación y lo inducen a apreciaciones equivocadas, llevándolo a error en el procesamiento mental de la información (incultura, presiones familiares, creencias religiosas, superstición, etc).

ADVERTENCIAS FUNDAMENTALES

La existencia de un documento donde se exprese el consentimiento por parte del paciente, aunque no es eximente de responsabilidad para el médico, es en principio una prueba pertinente de que se actuó de acuerdo con su voluntad, además de que materializa las condiciones del contrato de prestación de servicios médicos.

Este es un contrato consensual, es decir que se perfecciona con el acuerdo de voluntades de los contratantes (médico y paciente), sin que la ley exija solemnidad alguna para su existencia y validez. Es decir, todo documento que se suscriba tiene un carácter “ad probatorium”, que para este contrato específico es de gran utilidad, al presentarse cualquier conflicto que en últimas generara responsabilidades para las partes.

Es lógico pensar que pueden existir excesos y actitudes de mala fe por parte de los enfermos y por lo tanto, tomar precauciones contra denuncias temerarias. Por ejemplo, cuando un cirujano emprende una operación, aun habiendo advertido al paciente de la necesidad de resección ampliada de un órgano, puede encontrarse con situaciones que cambien el planteamiento inicial y que solamente el profesional, en su acto quirúrgico, esta en capacidad de determinar hasta donde pueden definir la supervivencia y calidad de vida de quien se ha colocado en sus manos, cambiando por consiguiente la estrategia a seguir. Aun así, se enfrenta a la queja del paciente, a pesar de las explicaciones preoperatorias y la situación en la misma cirugía.

VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

Los vicios del consentimiento, de manera general, son el error, la fuerza y el dolo.

EL ERROR

El error se define como un concepto equivocado o juicio falso, que lleva a una acción desacertada, de la cual se originan consecuencias perjudiciales. Su concepto es asimilable al de equivocación, acción o efecto por el cual se toma una cosa por otra, lo cual ocasiona formas de interpretación y caminos de solución que dan lugar a una conducta errada.

El error médico puede evaluarse en dos aspectos: El que surge de simple ignorancia, en cuyo caso se deben examinar las condiciones que llevaron a su ocurrencia. La otra es la ignorancia atrevida.

No se puede pedir a ningún médico, como no se puede hacer con ningún otro miembro de la sociedad, el don de la infalibilidad. De lo contrario, todas las complicaciones posibles y las muertes probables, deberían ser ‘pagadas’ por los profesionales de la salud, lo cual es absurdo. Lo que se juzga no es en realidad un resultado inadecuado, sino si ese resultado se origina en un acto negligente que no sigue las reglas del arte del momento, habida cuenta de la disponibilidad de medios y las circunstancias del momento en el cual se evalúe el caso.

En el plano jurídico el error es una falsa interpretación de la realidad y puede originarse en multitud de circunstancias: El conocimiento no se asimila a la estructura intelectual del individuo (impericia). Su aplicación práctica no se compagina con la realidad (imprudencia). Su utilización no sigue parámetros lógicos aceptados (negligencia)

Ser idóneo es poseer suficiencia o aptitud para desempeñar una función, sin que esto implique infalibilidad, es decir, no se posee la calidad de ausencia de falla, equivocación o engaño. El juicio del

médico constituye aquella facultad del entendimiento por la cual se conoce y compara un grupo de manifestaciones clínicas, con el objeto de seguir una conducta. En el ejercicio de la medicina se parte de la base de un principio general de cuidado, el cual implica un aspecto interno (conciencia de las propias limitaciones y capacidades antes de emprender un acto médico) y otro externo (evitar acciones peligrosas y ejercer dentro del riesgo previsto). En conclusión, el ser humano en desarrollo de profesiones específicas, a pesar de ser idóneo no puede ser infalible.

Para que el error sea considerado como vicio del consentimiento se requieren varias condiciones:

1. Que sea propulsor de la voluntad o que sea determinante del acto jurídico o contrato (Art. 1630 C.C). Buen fe simple por activa: El error fue el que motivó la celebración del contrato.
2. Que sea excusable: Que las dos partes que celebraron el contrato pusieron toda la diligencia y cuidado en la celebración del contrato y no vieron el error. Ambos cayeron en el mismo error.
3. Que sea compartido: Las dos incurrieron en el error y no salieron del error. Desaparece el error de hecho par convertirse en dolo cuando una sola de las partes se de cuenta del error.

FUERZA O VIOLENCIA

Aparece en Roma, como una figura delictual, se contemplaba como la fuerza que se ejercía contra la persona o su domicilio, luego con la escuela de los Glosadores se consideró como una voluntad coartada

La fuerza moral es la coacción o amenazas que ejerce una parte o un tercero contra la otra parte bien sea contra la persona, contra sus ascendientes o descendientes, contra sus bienes que infundan un injusto temor a un mal grave, irreparable e ilegítimo.

Se clasifica en:

- a. Fuerza dirimente: Fuerza suficiente, para que la persona que haya sufrido la fuerza, celebre el contrato.
- b. Fuerza indiferente: No alcanza a ser suficiente para obligar a contratar.

La fuerza dirimente se clasifica a su vez en fuerza moral y fuerza física.

1. Fuerza moral: Consiste en las amenaza que una de las partes intenta contra la persona del otro contratante.
2. Fuerza física: Aquella coacción material como secuestrar, torturar.

La corte ha dicho que para que la fuerza vicie el consentimiento debe cumplir los siguiente requisitos:

1. Que produzca un injusto temor a un mal irreparable y grave.
2. Que sea determinante del acto jurídico.
3. Que provenga de una de las partes o de un tercero. (el dolo solo puede provenir de la parte.
4. Que recaiga sobre la persona del otro contratante, sus ascendientes o descendientes, sobre sus bienes (o que tenga algo afectivo)
5. Que sea ilegítima (que sea contraria a la a ley o el derecho).

Cuando se presenta esa fuerza indiferente?

1. Que el país en el momento de celebrar el contrato estuviese en estado de sitio por conmoción interior.
2. Que el país se encuentre bajo la violencia generalizada.
3. La parte que impugnará debía demostrar haber sufrido detrimento patrimonial.

DOLO: Error provocado, engaño provocado. Daño intencional.

Art. 63 C.C.: El dolo es la intención positiva de inferir injuria a la persona o a los bienes de otro. Es una serie de maniobras engañosas de mentiras, de dar apariencia falsa a las cosas, de ocultar documentos y aun el silencio todo con la intención positiva de inferir injuria a la persona o a los bienes de otro.

Elementos del dolo: Existen dos clases de elementos:

1. Desde el punto de vista de orden objetivo
2. Desde el punto de vista de orden subjetivo.

Desde el punto de vista de orden objetivo: Maniobras engañosas, mentira, silencio, ocultar documentos, etc.

Desde el punto de vista de orden subjetivo: Intención positiva de engañar.

Los romanos decían que habían dos clases de dolo:

1. Dolo bueno: No es vicio del consentimiento, son aquellas exageraciones permitidas entre comprador y vendedor, por el comercio.
2. Dolo malo: Es el que causa daño. Tiene la intención positiva de inferir injuria.

Clases de Dolo:

1. Dolo dirimente o vicio del consentimiento
2. Dolo incidente: Dolo del tercero. No vicia el consentimiento porque no está constituido como la norma lo indica. No viene de la parte, solo es vicio del consentimiento cuando hay connivencia entre el tercero y la parte que quiere hacer daño.
3. Dolo indiferente: Dolo bueno o exageraciones permitidas.

REQUISITOS DEL DOLO PARA QUE SEA VICIO DEL CONSENTIMIENTO:

1. Que produzca engaño sin culpa de la víctima.
2. Que sea determinante del acto jurídico. Art. 1515: Que si no hubiese existido el engaño el contratante nunca hubiera celebrado el contrato.
3. Que provenga de la parte.
4. Que produzca un daño o perjuicio.
5. Que sea reprehensible o censurable.

RESPECTO DE LA PENA

Se cita jurisprudencia respectiva de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

PENAS. Redosificación. Principio de legalidad y debido proceso. Referencia al delito de peculado por apropiación en concurso con falsedad material en documento público agravado por el uso.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: Dr. Alfredo Gómez Quintero

Sentencia: Agosto 19 de 2004

Referencia: Expediente 19682

Decisión: Casa parcial y oficiosamente

“Una actuación irregular con abiertos visos de violación de garantías fundamentales observa la Corte específicamente en la actuación del tribunal, finalmente inadvertida por igual por el ministerio público, motivo aquel para que la Sala -en ejercicio de su facultad protectora de las garantías fundamentales- autorizada por el artículo 216 del C.P.P. entre a remediar.

En efecto, cuando el ad quem precisó que el delito base era el peculado por apropiación estimó acertadamente que la cuantía emergía como

un factor generador de incremento de la pena, esta vez “hasta en la mitad”, fórmula agravante que con igual alcance se conservó en el actual Código Penal (art. 397 inc. 2º Ley 599/00); pero sus efectos en la pena base (6 a 15 años) los trasladó e hizo efectivos tanto en el mínimo como en el máximo, razón por la cual fijó los límites de la sanción entre 9 años (108 meses) y 22 años 6 meses (equivalentes a 270 meses y no 280 como erradamente lo estimó el tribunal), extremos a los cuales acudió -en principio- para deducir el ámbito punitivo de movilidad para -a continuación- realizar la división de los cuartos y pasar -ahí sí- a la concreción de la sanción por esa conducta punible.

Como se observa, el tribunal hizo operar adecuada -y legalmente- el incremento en lo que se refiere al máximo de la sanción, para fijarla en 22 años y 6 meses, no sucediendo lo mismo respecto del mínimo, dado que cuando el legislador dentro de las diversas fórmulas reguladoras de circunstancias de agravación o atenuación acude al incremento ‘hasta en una cantidad’, ésta sólo tiene cabida en relación con el máximo, manteniéndose incólume el mínimo, tal como lo prevé expresamente el numeral 2º del artículo 60 del actual estatuto penal, mandato con el cual se vino a fijar normativamente la forma como han de manejarse las distintas hipótesis de circunstancias que modifican la punibilidad. En el precitado dispositivo se lee: “Si la pena se aumenta hasta en una proporción, ésta se aplicará al máximo de la infracción básica”, de donde se puede colegir que la variación sólo podía afectar el tope de los 15 años y no el de los 6 (así fuera en un día), pues si bien la conducta merece mayor reproche la severidad querida por el legislador encuentra su campo de aplicación en el cenit legal de la pena.

Ahora bien, si se alegara que esa forma de aplicar el alcance de la causal agravante no tenía consagración normativa expresa en el Código Penal anterior y que la costumbre fuera la utilizada por el tribunal (a pesar de haber proferido fallo ya en vigencia de la Ley 599/00), de igual manera pediría aplicación la nueva normatividad por evidente favorabilidad, pues a través de aquel ilegal sistema la pena mínima para el peculado agravado partiría de 9 años en tanto que con el actual -como se vio- ese referente quedaría en los 6 años.

No hay campo a duda alguna que con tal proceder se desconoció el debido proceso en su principio integrante de la legalidad de la pena, visto éste desde la óptica del proceso de individualización que compete al juez realizarlo con apego a los límites legales. Sobre el tema ha precisado la Corte Constitucional:

“En un Estado Social de Derecho, como el que proclama la Constitución Política vigente en su artículo 1º, la privación temporal de la libertad cuando a ello hubiere lugar por la comisión de conductas definidas por la ley como delitos, exige de suyo que las penas respectivas sean previamente definidas por el legislador y, además, se requiere que su imposición en cada caso concreto cumpla de manera estricta con las normas que para su determinación se hubieren señalado por la ley.

Quiere significar lo anterior, que el principio de la legalidad de la pena incluye necesariamente dos aspectos, a saber: el primero, que la determinación de las penas que correspondan a cada delito en abstracto, necesariamente tienen que ser definidas por la ley, incluyendo las que correspondan a las circunstancias agravantes o atenuantes y aquellas a que puedan hacerse acreedores quienes sean autores o partícipes en cualquier grado del hecho delictual; el segundo aspecto que incluye el principio de la legalidad de la pena, ya no corresponde al legislador de manera abstracta, general y objetiva, sino al juez que en su aplicación descende la norma legal para hacerla actuar en forma concreta, individual y subjetiva, que es lo que se conoce como la dosimetría de la pena”. (T-673, julio 15/04 MP Dr Alfredo Beltrán Sierra).

Así las cosas, la sentencia se casará parcial y oficiosamente, debiendo procederse al ejercicio de la readecuación de la pena.

Corolario de lo dicho, la prisión para un peculado oscila entre 6 años y 22 años 6 meses, guarismo que de acuerdo con el nuevo código llevaría a que -previa selección de los cuartos medios- la sanción estuviese entre 10 años 1 mes 15 días y 18 años 4 meses 15 días, al paso que de conformidad con el derogado sistema la pena mínima teóricamente pudiera estar a partir de los mencionados 6 años. Pero

como la favorabilidad se predica de cara a la pena que en concreto se fije por la conducta, puede concluirse que aquella garantía halla plena materialización al acudirse al procedimiento reglado por el anterior código, pues para la Sala una pena base de diez (10) años de prisión consulta la razonabilidad y proporcionalidad que dimanen de la propia gravedad de la conducta, del efectivo y significativo daño causado a la administración no sólo desde el punto de vista patrimonial sino también respecto del prestigio y respetabilidad, aparte de que de alguna manera aquel guarismo recoge la permanencia en el delito, pues recuérdese -como se resaltó- que la actividad delictiva se ejecutó por alrededor de cuatro años. De acudirse al sistema de cuartos, como se dijo, la prisión no habría sido menor a los 10 años 1 mes y 15 días, motivo que explica el por qué del parecer de la Corte.

Ahora bien, esos 10 años deben sufrir el aumento propio del concurso homogéneo y heterogéneo de delitos (más de 90 peculados y otras tantas falsedades en documento público agravadas), que lo será en seis (6) años seis (6) meses, para guardar de esa forma la proporción punitiva utilizada por el tribunal. Así, la sanción privativa a descontar por el demandante será de 16 años y 6 meses (198 meses); sin embargo, dado el reconocimiento que en las instancias se hizo de la reducción por confesión, así como la objetiva que emerge del acogimiento a la sentencia anticipada, esa cifra se verá reducida en 33 meses, reflejo de la sexta parte por la confesión, y a su turno el subtotal de 165 en 55 meses, equivalentes a la tercera parte por la aceptación de responsabilidad, para en definitiva señalársele una sanción de CIENTO DIEZ (110) MESES, equivalentes a NUEVE (9) AÑOS DOS (2) MESES de prisión.

Ahora, la modificación de aquella sanción debe proyectar efectos sobre la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas; por tanto, se materializará en el sentido de fijarla en la misma proporción que la privativa de libertad, esto es, nueve (9) años dos (2) meses.

De otra parte, y en la misma dirección, deberá hacer efectiva la Corte la reducción de cara a la multa, dada igualmente su condición

de pena principal, lo que significa que efectuadas las operaciones correspondientes, la a pagar será en cuantía de dos mil ciento cincuenta y dos millones cuatrocientos dos mil cuatrocientos noventa y cinco pesos (\$2.152.402.495.00), dejando en claro la Sala que respecto de la sanción pecuniaria no se ocupó el tribunal para efectuar las rebajas correspondientes a que tenía derecho el procesado al aplicar los dos factores reductores, motivo por el cual la razón de la casación oficiosa también abarca este tópico.

Por otro lado, se le negará a (O) el sustituto de la prisión domiciliaria y se ratificará la negativa de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, dado que en uno y otro caso el elemento objetivo no encuentra fundamento alguno, lo que descarta la necesidad de examinar los componentes subjetivos de cada una de las figuras.

Asimismo, si bien es cierto que el otro sindicado -(Q)- a quien como cómplice afectó la sentencia de segunda instancia no fue recurrente en casación, también lo es que los efectos favorables del recurso extraordinario han de extenderse a su situación en aquello que lo favorezca. Por eso, tal proyección no podrá afectar la prisión que de 66 meses y 20 días (5 años 6 meses 20 días) impusieron juzgado y tribunal, pues una vez efectuadas las operaciones del caso, vale decir, 16 años 6 meses para el concurso, rebajados en la tercera parte por su grado de participación (proporción en la que redujeron las instancias) y a su vez degradado el subtotal en la sexta parte por confesión y en la tercera por sentencia anticipada, el resultado es equivalente a seis (6) años un (1) mes y diez (10) días. Igualmente debe suceder respecto de la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, pues los 5 años 6 meses y 20 días señalados por los falladores resultan menores que el monto de la pena de prisión deducida. Por esa razón, esas dos especies de sanción serán ratificadas por la Corte.

En lo que sí se modificará oficiosamente la sentencia será en el valor de la multa, como que ella debe sufrir las consecuencias de las rebajas no sólo respecto a su grado de compromiso penal sino a los fenómenos post delictuales tenidos en cuenta, señalándose la suma de un mil

cuatrocientos treinta y cuatro millones novecientos treinta y cuatro mil novecientos noventa y siete pesos (\$1.434'934.997.00).”

Son suficientes las anteriores consideraciones para que el TRIBUNAL NACIONAL DE ETICA MEDICA en uso de las atribuciones que le confiere la Ley

RESUELVA

ARTICULO PRIMERO. CONFIRMAR como en efecto confirma la decisión sancionatoria contra el doctor Xavier Edmundo Abad Herrera, identificado con cédula de extranjería número 280.612 y Registro Médico No.512075/00, a suspensión en el ejercicio de la medicina por espacio de un mes, por violación a los artículos 1, 10, 15 y 34 de la Ley 23 de 1981; y contra al doctor José Juan Carlos Sierra Mera, identificado con cedula de ciudadanía número 16.758.988 de Cali y con Registro Médico número 61.709-D1 con censura escrita y privada por violación a los artículos 1, 10, 15 y 34 de la Ley 23 de 1981.

ARTÍCULO SEGUNDO. - Devolver el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia.

ARTÍCULO TERCERO. - Contra esta providencia no procede recurso alguno.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

GERMAN PEÑA QUIÑONES; Magistrado- Presidente;

FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente;

LUIS ALBERTO BLANCO RUBIO , Magistrado;

JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado;

EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado ;

EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico. No firma por
ausencia justificada;

MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

SANCIÓN A ANESTESIOLOGO NEGLIGENTE

Bogotá, septiembre veinticinco (25) del año dos mil siete (2007).

SALA PLENA SESION No.930 DEL VEINTICINCO (25) DE SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL SIETE (2007).

Ref: Proceso No. 469 del Tribunal de Etica Médica de Caldas

Contra: Los Dres. Juan Guillermo Colonia y Octavio Augusto Nieto Baquero

Denunciante : Sra. Martha Cecilia López

Magistrado ponente: Dr. Efraím Otero Ruíz

Providencia No. 43-2007

VISTOS:

Por decisión del dos (2) de mayo de 2007 el Tribunal de Etica Médica de Caldas no aceptó los descargos y decidió sentenciar a los Dres. Juan Guillermo Colonia (cirujano) y Octavio Augusto Nieto Baquero (anestesiólogo) con la suspensión en el ejercicio profesional por el período de un (1) mes y de 15 días, respectivamente, por supuestas faltas a la ética médica durante la atención quirúrgica y anestésica prestada a la sra. María Cristina López entre el 23 de febrero y el 9 de marzo del año 2005 en la Clínica de la Presentación de Manizales para una histerectomía abdominal, cuyo desenlace fue muerte por complicaciones sépticas atribuibles en parte a una severa diabetes mellitus que no fue advertida a tiempo por los médicos tratantes.. Ofrecido el recurso de reposición y en subsidio el de apelación ésta fue presentada por la abogada Ana María Chica a nombre del Drs. Colonia Gutiérrez y Nieto Baquero, el 6 de junio ante el Tribunal Nacional, donde fue puesto para reparto en Sala Plena del 26 de junio, habiendo correspondido por sorteo al Magistrado Dr. Efraím Otero Ruiz.

Cumplidos los términos legales, se procede a resolver lo pertinente de acuerdo con los siguientes

HECHOS :

La sra. María Cristina López, de 42 años, obesa (85 kg) diabética y con enfermedad varicosa de las piernas, paciente de COOMEVA-EPS, fue atendida por el Dr. Colonia por varios meses—en que ya presumiblemente presentaba diabetes tipo II- debido a intensa dismenorrea que no cedió al tratamiento médico. Por eso la programó para histerectomía el 3 de febrero de 2005 la cual fue practicada en la Clínica de la Presentación de Manizales el 23 del mismo mes sin complicaciones quirúrgicas inmediatas pero sin haber sido sometida previamente a una valoración preanestésica, a pesar de tener antecedentes personales y familiares de diabetes. El examen histopatológico del útero extraído no mostró alteraciones especiales. Según el Dr. Nieto, anestesiólogo, “la valoración se hizo al momento de la cirugía y por hallar en los exámenes hiperglicemia, confirmada ahí mismo por glucometría, el cirujano y él, de conjunto, resolvieron operar en seguida e iniciar en el postoperatorio inmediato el manejo del estado hiperglicémico”. Según la denunciante, hermana de la paciente fallecida, sólo hasta el 24 de febrero el cirujano le informó de los elevados niveles de glicemia (290 mg) que la paciente presentaba antes del acto quirúrgico y el Dr. Colonia le dijo “que ella no se podía haber operado porque tenía el azúcar muy alta” (sic). El Dr. Colonia se ausentó en seguida 7 días a Medellín y no volvió a ver a la paciente hasta el reingreso de la misma, aunque ésta desde ese día recibió tratamiento con insulina s.c. y 4 días después, ante la evolución aparentemente satisfactoria, fue cambiada a metformina oral, siendo dada de alta con glicemia de 177 mg. y enviada a su casa en zona rural de Salamina. Como se quejara de intensos dolores abdominales, fue readmitida por urgencias el 27 de febrero y con el diagnóstico de sepsis generalizada fue tratada infructuosamente en cuidados intensivos hasta el día 3 de marzo, fecha en que falleció. Aparentemente no se practicó autopsia pero el diagnóstico final fue de sepsis generalizada originada en enfermedad pélvica inflamatoria.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS :

En el voluminoso expediente, consistente en 3 cuadernos con un total de 1025 folios, se acompañan los siguientes documentos:

1. Queja presentada ante el Tribunal seccional por la sra. Martha Cecilia López contra el cirujano Juan Guillermo Colonia G. (Folios 1 y 2)
2. Fotocopia de la historia clínica enviada por COOMEVA-EPS (Clínica de la Presentación y Centro Médico de Salamina) de la paciente María Cristina López (folios 12 a 186).
3. Versión juramentada rendida el 5 de agosto de 2005 ante el Tribunal Seccional por el médico Juan Guillermo Colonia G. (folios 189 a 191)
4. Fotocopia de los exámenes practicados 5 días antes de la cirugía a la sra. María Cristina López (folios 195 a 197).
5. Fotocopia de la historia clínica enviada por la Clínica de la Presentación de la paciente María Cristina López (folios 205 a 388)
6. Versión juramentada rendida por el anestesiólogo Dr. Octavio Augusto Nieto B. el 24 de abril de 2006 (folios 400 a 401) Nota : los folios 1 a 399 se encuentran en el Cuaderno 1.
7. Solicitud enviada por el Tribunal seccional el 16 de mayo de 2006 a la Decana de la Facultad de Ciencias de la Salud de la Universidad de Caldas solicitando el envío de una terna de especialistas en Medicina Interna y Diabetes para de allí escoger el perito que dirima los interrogantes planteados y solicitados por el Magistrado instructor (folios 403 y 405).
8. Respuesta de la Decana enviando los nombres de los Dres. Humberto Ignacio Franco B., Dora Inés Molina de Salazar, Gilberto Manjarrés I. y Felipe Marulanda Mejía como expertos en el tema (folio 404)

9. Designación como perito del Dr. Felipe Marulanda Mejía, especialista en Geriátrica Clínica, el 26 de mayo de 2006 (Folio 406)
10. Cuestionario enviado por la abogada Ana María Chica R. apoderada del Dr. Juan Guillermo Colonia para ser absuelto por el perito Dr. Marulanda Mejía (folios 409 y 410).
11. Declaración juramentada rendida por el Dr. Marulanda Mejía para tomar posesión del cargo de perito el 5 de junio de 2005.
12. Respuesta del Dr. Marulanda Mejía el 20 de junio de 2006 a los interrogantes planteados por la abogada Dra. Ana María Chica R. (folio 412).
13. Respuesta del Dr. Marulanda Mejía el 30 de junio a los interrogantes planteados por el Magistrado instructor (folio 413).
14. Declaración juramentada rendida por el Dr. Felipe Marulanda Mejía el 25 de julio de 2006 (folios 421 y 422). A ella se anexan varias publicaciones en inglés sobre los temas planteados (folios 423 a 431).
15. Pliego de cargos proferido el 3 de octubre de 2006 contra los médicos Juan Guillermo Colonia y Octavio Augusto Nieto B. (folios 434 a 448).
16. Diligencia de descargos rendidos por el Dr. Octavio Augusto Nieto B. el 7 de noviembre de 2006 (folios 460 a 463).
17. Diligencia de descargos rendidos por el Dr. Juan Guillermo Colonia G. el 21 de noviembre de 2006 (folios 468 a 478).
18. Bibliografía anexada a su defensa por el Dr. Juan Guillermo Colonia G. (folios 479 a 497 y 509 a 516).
19. Escrito presentado por la abogada Dra. Ana María Chica R. coadyuvando a los descargos del Dr. Juan Guillermo Colonia G. del 21 de noviembre de 2006 (folios 498 a 505).

20. Fotocopia de la historia clínica de la paciente María Cristina López (que complementa a la que ya reposaba en los folios 12 a 186 y al parecer incompleta) solicitada (folio 507) por el Dr. Juan Guillermo Colonia a la Fiscalía 13 Seccional de Manizales el 22 de noviembre de 2006 y enviada al Tribunal Seccional por la misma Fiscalía (folio 508) el 27 de noviembre (folios 518 a 721).
21. Fallo de fondo proferido por el Tribunal seccional en su sala plena del 2 de mayo de 2007 en que se sanciona al Dr. Juan Guillermo Colonia G. con un mes y al Dr. Octavio Augusto Nieto con 15 días de suspensión en el ejercicio profesional (folios 725 a 738). Nota : Los folios 400 a 747 se encuentran en el Cuaderno 2 del expediente.
22. Recurso de reposición y en subsidio el de apelación presentado ante el Tribunal seccional el 6 de junio de 2007 por la abogada Ana María Chica al fallo proferido contra el Dr. Juan Guillermo Colonia G. (folios 748 a 772).
23. Recurso de reposición y en subsidio el de apelación presentado ante el Tribunal seccional el 6 de junio de 2007 por la abogada Ana María Chica al fallo proferido contra el Dr. Octavio Augusto Nieto (folios 773 a 703). A éste se anexan el poder conferido a su abogada por el Dr. Augusto Octavio Nieto (folio 794) y un artículo de 1995 de la Revista Colombiana de Anestesiología sobre “El paciente diabético y el anestesiólogo” (Folios 795 a 803).
24. Fallo de junio 12 de 2007 del Tribunal Seccional mediante el cual se concede el recurso de apelación ante el Tribunal Nacional de Ética Médica. Los folios 748 a 804 se encuentran en el Cuaderno 3 del expediente.

Con base en los anteriores documentos, puede deducirse que en el pliego de cargos el Tribunal Seccional, analizando las pruebas en su contra, consideró que los médicos implicados violaron los artículos 10, 15 y 34 de la ley 23 de 1981, añadiéndose el artículo 11 (actitud, comentarios y pronóstico) para el Dr. Juan Guillermo Colonia. En su

fallo de fondo, el mismo Tribunal acepta los descargos presentados por el Dr. Colonia con referencia a la vulneración del artículo 11; y los presentados por el Dr. Nieto con referencia a la vulneración del artículo 34. Y para sancionarlos centra su argumentación en la violación, por los dos profesionales, de los artículos 10 (“el médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud...”) y 15 (“el médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento...etc”). Los argumentos de la abogada defensora se basan en que los médicos no conocían los antecedentes de diabetes y por tanto ignoraban el riesgo a que se iba a someter a la paciente con la histerectomía abdominal propuesta; y que sólo en el momento de la misma, cuando leyeron los resultados del laboratorio y confirmaron la hiperglicemia con glucometría ese riesgo se presentó súbitamente y tuvieron que afrontarlo sin aplazar la cirugía. Aunque evidentemente la historia clínica es incompleta en cuanto a los antecedentes mismos de diabetes mellitus, pues los datos iniciales solo aparecen en el momento mismo de la cirugía (y en ese sentido se basa la defensora, en que el cirujano no podía evaluar la paciente cuya cirugía había programado varios meses antes y por tanto “dar cumplimiento a una serie de compromisos que no están incluidos en la norma”, ya que las demoras según los implicados son inherentes a los procesos de COOMEVA –según lo afirma el médico en sus declaraciones-. Por su parte la quejosa afirma que el médico sí conocía los antecedentes familiares de diabetes. Y aun en el supuesto de que no los conociera el Magistrado instructor sostiene, con toda razón, que el solo examen físico a una paciente muy obesa, con problemas circulatorios en sus piernas y una patología ginecológica de difícil manejo, hubiera debido, al menos, poner en guardia al cirujano sobre el posible riesgo y para que en esos meses hubiese practicado los exámenes de rigor que pudieran evaluarlo. Y que las medidas tomadas al inicio del acto quirúrgico ya no fueron preventivas sino correctivas en presencia de exámenes de laboratorio practicados 5 días antes de la intervención y que solo vinieron a leerse en el momento de la misma.

Como lo afirma en uno de sus libros el ex-Magistrado y tratadista Eduardo Rey Forero, en sus comentarios (titulados “El derecho al diagnóstico”) a la sentencia T289/2001 de la Corte Constitucional, “a nadie escapa que la verdadera protección de la salud y de la integridad personal de cualquier individuo es un imposible si el profesional, general o especializado, que tiene a su cargo la atención, ignora (en el momento de resolver el rumbo científico que habrá de trazar con tal objetivo) las características presentes, técnicamente establecidas, del estado general o parcial del paciente, sobre el cual habrá de recaer el dictamen y las órdenes médicas que imparta”.

Por su parte la defensora, citando el libro “La Práctica de la Medicina y la Ley” de Guzmán, Franco y Roselli dice que al considerar la *lex artis* se deben tener en cuenta “las características especiales de quien lo ejerce, el estado de desarrollo del área profesional de la cual se trate, la complejidad del acto médico, la disponibilidad de elementos, el contexto económico del momento y las circunstancias específicas de cada enfermedad y cada paciente” (subrayado de la Dra. Chica) “razón por las cuales se comparten las apreciaciones de la misma obra en la que se señala que no se puede pedir a ningún médico, como no se puede hacer a ningún otro miembro de la sociedad, el don de la infalibilidad. De lo contrario, todas las complicaciones posibles y las muertes probables deberían ser pagadas por los profesionales de la salud, lo cual es absurdo. Lo que se juzga no es en realidad un resultado inadecuado, sino si ese resultado se origina en un acto negligente que no sigue las reglas del arte del momento, habida cuenta la disponibilidad de medios y las circunstancias del momento en el cual se evalúe el caso”.

Este Tribunal Nacional está de acuerdo con el Magistrado instructor del Tribunal seccional de que esa misma argumentación obra en contra de los defendidos. Los riesgos y complicaciones de la diabetes son bien conocidos desde la primera mitad del siglo XX. Su diagnóstico se ha simplificado hasta el punto de poderse hacer con instrumentos portátiles y personales como el glucómetro, el cual fue usado en

el momento mismo de la cirugía. Y el hecho de pertenecer a una prestigiosa EPS como COOMEVA obvia las dificultades inherentes al contexto económico y la disponibilidad de elementos. Al ignorar durante varios meses todos esos factores diagnósticos y preventivos se configura, pues, un acto negligente en el sentido expresado por el Tribunal seccional y confirmado por Guzmán y colaboradores en los párrafos anteriormente citados; basado en ello el Tribunal seccional pronunció su fallo de fondo, siendo mayor la responsabilidad en el médico ginecólogo que planeó la cirugía con antelación y menor en el anestesiólogo que realizó la evaluación de su paciente, no con la debida anticipación, sino en el momento mismo del preoperatorio inmediato.

Aunque los médicos implicados aportan varias referencias bibliográficas al respecto y la defensora Dra. Chica añade, por sugerencia del Dr. Nieto, una última referencia de 1995 sobre “El paciente diabético y el anestesiólogo” con la cual trata de disminuir la importancia de la evaluación preoperatoria. Sin embargo, Eduardo García y colaboradores en su libro “Anestesiología y Medicina Crítica” de 1991 afirman :

“Actualmente no hay duda de que todos los pacientes que van a ser sometidos a una intervención quirúrgica deben ser valorados previamente por el anestesiólogo, no importa que la cirugía sea ambulatoria o que el paciente amerite la hospitalización. El examen físico de 2 minutos, 5 minutos antes de la inducción anestésica no es suficiente para disminuir los riesgos....Se define riesgo como la probabilidad de que ocurra un evento como resultado de la interacción de varios factores.....los relacionados con el estado del paciente y los relacionados con el acto anestésico. Entre los factores relacionados con el paciente están la edad, sexo, peso, estado físico, medicación recibida, enfermedades concomitantes, emergencias, lo mismo que factores sociales y emocionales”.

En cuanto a que no se podía predecir la complicación infecciosa postoperatoria, este Tribunal hace notar que un artículo de Joshi et al.en el New England Journal of Medicine (Dic. 16, 1999) sobre

“Infecciones en pacientes con diabetes mellitus” dice textualmente : “Muchas infecciones específicas son más comunes en pacientes diabéticos y algunas se presentan casi exclusivamente en ellos. Otras infecciones se presentan con severidad aumentada y se asocian con un aumento en el riesgo de complicaciones en dichos pacientes” Y al comentar la depresión inmunológica en los mismos, añade : “¿Existe evidencia de que mejorar el control de la hiperglicemia en esos pacientes mejora la función inmunológica?”. Por ello y por las otras consideraciones aportadas por el Tribunal seccional, este Tribunal Nacional sí está de acuerdo en que se configuró violación a los artículos 10 y 15 de la Ley de Ética Médica. Y que la sanción impuesta debe servir, además, para sentar el precedente de que, así las intervenciones quirúrgicas en las EPS puedan aportar mejores emolumentos a quienes las practican, no por el hecho de las demoras burocráticas que causan aplazamiento de las mismas deben dejar de estudiarse y seguirse los pacientes a través de todo el período preoperatorio, para establecer la verdadera indicación de la cirugía, para definir los riesgos que por las condiciones nosológicas se puedan presentar o para prevenir, con un manejo adecuado (Este Tribunal considera por demás laxa dada la gravedad de los hechos), que se presenten severas complicaciones.

Por las consideraciones anteriores, el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de las atribuciones que le confiere la Ley

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar, como en efecto confirma, la sanción de suspensión de un mes en el ejercicio de la profesión impuesta al Dr. Juan Guillermo Colonia G. y de quince días impuesta al Dr. Octavio Augusto Nieto B. por el Tribunal de Ética Médica de Caldas.

ARTÍCULO SEGUNDO: Compulsar copias de esta decisión a la Fiscalía 13 Seccional de Manizales.

ARTÍCULO TERCERO: Devolver esta providencia al Tribunal de origen para lo pertinente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EFRAÍM OTERO RUÍZ, Presidente (E)- Magistrado Ponente;
FERNANDO GUZMÍN MORA, Magistrado;
GUILLERMINA SCHOONEWOLFF DE LOAIZA, Magistrada;
MIGUEL OTERO CADENA, Magistrado.
No firma por ausencia justificada;
JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado;
EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico.
No firma por ausencia justificada;
MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

IMPEDIMENTOS. CAMBIO DE RADICACIÓN. PRESCRIPCIÓN.

Bogotá, diciembre seis (6) del año dos mil once (2011).

SALA PLENA SESION No. 1114 DEL SEIS (6) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL ONCE (2011).

Ref: Proceso 792 del Tribunal de Ética Médica del Cauca

Contra: Drs. Luis Adalberto Erazo Muñoz y Ricardo Alberto Zarama Márquez.

Denunciante: sra. nubia del socorro muñoz narváez

Asunto: prescripción

Magistrado ponente: dr. germán peña quiñones

Providencia no. 120 -2011

VISTOS

El 6 de octubre de 2011, el Tribunal del Cauca en Sala Plena resolvió declarar culpables a los Drs. LUIS ADALBERTO ERAZO MUÑOZ y RICARDO ALBERTO ZARAMA MÁRQUEZ de violar el artículo 15 de la Ley 23 de 1981 e imponerles sanción disciplinaria consistente en AMONESTACIÓN PRIVADA. (Resolución No.53).

El 26 de octubre de 2011 se recibió en el Tribunal de Ética Médica del Cauca oficio del Dr. Jhon Jairo Castillo Ponce apoderado de los Drs. LUIS ADALBERTO ERAZO MUÑOZ y RICARDO ALBERTO ZARAMA VÁSQUEZ por medio del cual interpone y sustenta el recurso de apelación en contra de la resolución N° 53 del 6 de octubre de 2011 en la que disiente tanto de la resolución materia de impugnación como de la actuación procesal por ausencia del acto ilícito, prescripción de la acción y solicitud de nulidad del fallo de primera instancia.

El 27 de octubre de 2011, en Sala Plena el Tribunal Seccional concedió el recurso de apelación para ante el Tribunal Nacional.

El expediente fue recibido en el Tribunal Nacional el 3 de noviembre de 2011. Repartido en Sala Plena del 8 de noviembre del Tribunal Nacional de Ética Médica, le correspondió al Magistrado Germán Peña Quiñones.

Cumplidos los términos se procede a decidir de acuerdo con los siguientes:

HECHOS:

El niño Héctor Rubiel Pantoja se enfermó en los primeros días de junio de 2006 y fue llevado en varias oportunidades al Hospital de Taminango localidad donde vivía con su padre; fue llevado a la ciudad de Pasto y evaluado en Urgencias de la Clínica Fátima y posteriormente transferido al Hospital Infantil donde estuvo dos días en Urgencias y luego fue hospitalizado, le practicaron tomografía axial computarizada y encontraron una “masa cauchosa fibrosa” (Parótida derecha) y a los diez días de hospitalizado le tomaron biopsia.

“El 6 de julio a las 2 de la tarde entró para que le tomaran la biopsia. Después de más de una hora salieron el anesthesiólogo y el Dr. Zarama y él llamó a los familiares y el informó que se había complicado, que había sufrido un paro cardiorespiratorio y que era necesario conseguir \$2.000.000.00 de pesos para llevarlo a la UCI, nosotros no pudimos reunir esa plata. Siendo las 7 de la noche fue llevado en la ambulancia del Hospital Infantil a la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital San Pedro, allí estuvo 12 días aproximadamente. Allí sin nuestro consentimiento, le hicieron traqueotomía, de allí lo remitieron a piso, estuvo mas o menos 4 o 5 días. Luego el Dr. Zarama, solicitó nuevamente remisión al Hospital Infantil. De allí estuvo hospitalizado hasta el 12 de septiembre, fecha en la cual me lo entregaron, y los otros doctores me dijeron que no había nada que hacer, así lo lleven a otra parte el niño, no

tiene ninguna mejoría.” Se queja la madre que el Dr. Zarama “le dijo que no tenía nada que ver, “que a él se lo entregaron dormido y que hablaran con el anesthesiólogo” y que cuando se enteró que teníamos abogado me dijo que con “nosotros no se entendía para hablar que el tenía su abogado y que por calumnia nos iba a mandar a la cárcel a mi hermana y a mi” Se quejó además que había ido tres veces a la “Defensoría del Pueblo donde le dijeron que podría ir a la cárcel porque había puesto dos tutelas” Dijo que su hijo se encontraba en estado “crítico, está escalado^{SIC} sin ninguna reacción” y que no tenía como atenderlo. Agregó que no le habían pedido su consentimiento para hacerle la biopsia ni le explicaron los riesgos, ni había firmado ningún documento y tampoco para la traqueotomía. Que para hacerle la biopsia eran 15 minutos y “que eso no era nada, eso nos dijo el Dr. Zarama.”

LA ACTUACION

La queja fue recibida en el Tribunal de Ética Médica de Nariño el 26 de enero de 2007 y el 29 de enero de 2007, el Presidente del Tribunal ordenó abrir investigación y nombró al Dr. CARLOS EFRÉN LÓPEZ RUEDA como Magistrado Instructor.

En Sala Plena del 12 de febrero, el Magistrado **LUIS HERNAN ERASO ROJAS** se declaró impedido invocando el artículo 56 de la Ley 906 de 2004, por existir amistad íntima con los Drs. LUIS ADALBERTO ERASO MUÑOZ y EL DR. RICARDO ZARAMA MÁRQUEZ.

El 1 de febrero de 2007 el Magistrado Instructor Dr. **CARLOS EFRÉN LÓPEZ RUEDA** se declaró impedido con fundamento en el Art 82 de la Ley 23 de 1981 y los numerales 4 y 5 del Art. 99 de la Ley 600 reproducidos integralmente por los numerales 4 y 5 del Art. 56 de la Ley 906 de 2004, por tener amistad íntima con el Dr. LUIS ADALBERTO ERASO quién lo sucedió a él en la gerencia de una cooperativa.

En Oficio dirigido al Tribunal, el Presidente de la corporación Dr. **FABIO DAVID URBANO BUCHELLI** se declaró impedido por amistad con el Dr. Luis Adalberto Eraso Muñoz con quién compartió la magistratura de ese Tribunal de 2005 a 2007 y por existir amistad íntima con el Dr. RICARDO ZARAMA MÁRQUEZ y ser socio de su padre. (Art. 56 de la Ley 906 de 2004).

En comunicación del 19 de febrero de 2007, el Presidente del Tribunal seccional solicitó al Tribunal Nacional nombrar magistrados Ad-hoc.

En comunicación del 16 de abril de 2007, el Abogado Secretario del Tribunal Dr. ARTURO IVAN ERASO BARCO comunicó al Tribunal Nacional que además de los anteriores magistrado había pasado solicitud de impedimento el Magistrado Dr. **JOSÉ NICOLÁS RESTREPO** y solicitó nombramiento de magistrados Ad-hoc,

El secretario abogado del Tribunal certificó el 16 de abril de 2007 la aceptación de los impedimentos de los magistrados que se declararon impedidos.

El 31 de mayo de 2007 el magistrado **LUIS ADALBERTO ERASO MUÑOZ** se declaró impedido por haber participado en la atención del paciente, lo que fué notificado al Tribunal Nacional el 6 de Julio.

El 31 de julio de 2007 el Tribunal Nacional designó al Dr. NESTOR EDUARDO MONCAYO DE LA CALLE como magistrado Ad-hoc, quién se posesionó pero por motivos de salud no pudo sesionar.

El 4 de febrero de 2008 el Dr. JAVIER SALAS BOLAÑOS se posesionó en reemplazo del Dr. CARLOS EFREN LOPEZ RUEDA y fue nombrado Magistrado Instructor.

El 11 de agosto de 2008 se nombró magistrado instructor al Dr. GUSTAVO CAMARGO VEGA quién fue nombrado magistrado en reemplazo del Dr. JAVIER SALAS BOLAÑOS.

El 18 de Agosto de 2009 el Magistrado Instructor Dr. GUSTAVO CAMARGO VEGA solicitó la historia del paciente al Hospital Infantil Los Ángeles.

El 14 de septiembre de 2009 se recibió en Sala Plena el impedimento del Magistrado **EDGAR VILLOTA ORTEGA** por cercana amistad y haber sido compañeros en el Tribunal de Nariño con el Dr. LUIS ADALBERTO ERASO y vínculos laborales anteriores y por amistad cercana con el Dr. RICARDO ZARAMA MARQUEZ, con quién además tiene relación laboral directa,

El 23 de Septiembre de 2009, el Presidente del Tribunal, Dr. FABIO DAVID URBANO BUCHELLI envió al Tribunal Nacional solicitud formal de cambio de despacho para el proceso por las razones anteriores.

La solicitud de cambio de radicación del proceso fue resuelta en forma negativa por el Tribunal Nacional por no llenar los elementos legales.

El 13 de octubre de 2009, el Dr. **NESTOR EDUARDO MONCAYO DE LA CALLE** envió oficio al Tribunal Nacional por medio del cual no aceptaba su designación como Magistrado Ad-hoc.

El 29 de octubre de 2009 el Tribunal Nacional nombró al Dr. **JOSE MARIA HURTADO CORELLA** como Magistrado Ad-hoc, quién en oficio del 20 de mayo de 2010, no aceptó la designación por tener conocimiento del caso del paciente y el 25 de agosto de 2010 dirigió oficio al Tribunal de Nariño en el que se declaró impedido invocando el artículo 99 Numeral 4 de Código de Procedimiento Penal.

El Tribunal Nacional nombró 21 de septiembre al Dr. EDGARDO BENAVIDES ARCOS para integrar la sala.

El 28 de Octubre de 2010 el Dr. **GUSTAVO CAMARGO VEGA** se declaró impedido para actuar en el proceso por amistad cercana y relación laboral con el Dr. LUIS ADALBERTO ERASO MUÑOZ y amistad cercana con el Dr. RICARDO ZARAMA MARQUEZ, invocando la Ley 600 y la Ley 906 en el Art. 56 numerales 4 y 5.

El 22 de noviembre de 2010, el Tribunal Nacional de Ética Médica recibió una nueva solicitud de cambio de radicación del proceso,

En Sala Plena el Tribunal Nacional de Ética Médica observó que el Tribunal seccional no había enviado el auto de aceptación de los impedimentos de los Drs. Edgar Villota Ortega y Gustavo Camargo Vega, aceptación que fue enviada por el Tribunal seccional y recibidas en Tribunal Nacional el 2 de diciembre.

En Sala Plena del 14 de diciembre de 2010, el Tribunal Nacional de Ética Médica concedió el cambio de radicación y designó en el Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca la competencia para asumir el conocimiento del proceso.

El Tribunal de Nariño envió el proceso al Tribunal del Cauca donde fue recibido el 2 de febrero de 2011 y adjuntó a este envió la Historia clínica del menor Héctor Rubiel Pantoja del Hospital Infantil de los Ángeles de Pasto consistente en 2058 folios dividido en cuatro tomos.

El 7 de febrero de 2011, el Tribunal Seccional del Cauca nombró al Dr. Julio César Klinger como magistrado instructor, quien el 15 de febrero de 2011 ordenó al Hospital Taminango, a la Clínica Fátima de Pasto, al Hospital Departamental de Pasto, al Hospital Infantil de Pasto y al Hospital San Pedro de Pasto para que informaran los nombres de los médicos que atendieron al menor Héctor Rubiel Pantoja y copia de la historia del menor y citó para oír en diligencia de testimonio a la madre del menor, Sra. Nubia del Socorro Muñoz Narváez y demás diligencias necesarias.

El 18 de abril de 2011, el Secretario Abogado del Tribunal del Cauca, por comisión del Tribunal llevó a cabo la diligencia de testimonio de la Sra. NUBIA DEL SOCORRO MUÑOZ en la ciudad de Pasto.

El 25 de abril de 2011, el Magistrado Instructor presentó el informe de conclusiones y el 2 de mayo de 2011, el Tribunal del Cauca ordenó dictar pliego de cargos al Dr. RICARDO ZARAMA MARQUEZ y al Dr. ADALBERTO ERASO por presunta violación del artículo 15 de la Ley 23 de 1981.

El 7 de junio de 2011 se recibió en el Tribunal de Ética Médica del Cauca oficio del Dr. Jhon Jairo Castillo, apoderado de los Drs. ADALBERTO ERAZO y RICARDO ALBERTO ZARAMA en el que solicita se declare nulidad de lo actuado desde la apertura de la presente investigación.

El 9 de junio de 2011, el Tribunal Seccional del Cauca en Sala Plena resolvió nombrar al Dr. ANCIZAR MORALES BLANDÓN para actuar como funcionario ponente para dar trámite a la solicitud interpuesta.

El 16 de junio de 2011 el Tribunal del Cauca resolvió declarar nulidad de todo lo actuado a partir del Informe de Conclusiones en lo referente al Dr. LUIS ADALBERTO ERAZO y designar al Magistrado Ancízar Morales para que rehaga la actuación y escuche en versión libre a los médicos investigados.

El 28 de junio de 2011 se recibió en el Tribunal Seccional oficio del Dr. Jhon Jairo Castillo Ponce en el que solicita recurso de reposición y en subsidio apelación en contra de la “providencia del 10 de junio” de 2011.

El Tribunal Seccional, el 1 de julio de 2011, resolvió negar las solicitudes de adición que hace la defensa sobre la declaratoria de nulidad, dado que esta incluye a los dos médicos investigados.

El 8 de julio de 2011 se recibió en el Tribunal Seccional comunicación del Dr. LUIS ADALBERTO ERAZO MUÑOZ en la que da su versión de los hechos y otra del Dr. RICARDO ALBERTO ZARAMA.

El 11 de julio de 2011, el Funcionario Instructor dejó constancia en la que indica que el Dr. RICARDO ALBERTO ZARAMA no se presentó a la diligencia de versión libre y otra constancia de la misma fecha en la que deja constancia que el Dr. LUIS ADALBERTO ERAZO MUÑOZ no se presentó a la diligencia de versión libre.

Se volvió a presentar el informe de conclusiones y el 8 de septiembre de 2011 el Tribunal de Ética del Cauca resolvió dictar pliego de cargos al Dr. RICARDO ZARAMA MARQUEZ y al Dr. ADALBERTO ERAZO MUÑOZ por presunta violación del artículo 15 de la Ley 23 de 1981 y llamarlos a descargos. (Resolución # 45).

El 15 de septiembre de 2011 se recibió en el Tribunal seccional oficio del Apoderado de los médicos disciplinados en la que interpone recurso de reposición en contra de la resolución número 45 y solicita se declare la prescripción de la acción disciplinaria por cuanto han transcurrido más de 5 años de ocurridos los hechos motivo de la investigación.

El 22 de septiembre el Tribunal de Cauca resolvió no reponer el pliego de cargos y ordenar que la diligencia se realice el 29 de septiembre.

El 29 de septiembre de 2011 se llevó a cabo la diligencia de descargos de los Drs. LUIS ADALBERTO ERAZO MUÑOZ y RICARDO ALBERTO ZARAMA MÁRQUEZ acompañados de su apoderado el Dr. Jhon Jairo Castillo Ponce quien por escrito solicitó la realización de pruebas y testimonios.

El 6 de octubre de 2011, el Tribunal del Cauca en Sala Plena resolvió declarar culpables a los Drs. LUIS ADALBERTO ERAZO MUÑOZ y RICARDO ALBERTO ZARAMA MÁRQUEZ de violar el artículo 15 de la Ley 23 de 1981 e imponerles sanción disciplinaria consistente en AMONESTACIÓN PRIVADA. (Resolución No. 53).

El 26 de octubre de 2011 se recibió en el Tribunal de Ética Médica del Cauca oficio del Dr. Jhon Jairo Castillo Ponce apoderado de los Drs. LUIS ADALBERTO ERAZO MUÑOZ y RICARDO ALBERTO ZARAMA MARQUEZ por medio del cual interpone y sustenta el recurso de apelación en contra de la resolución No. 53 del 6 de octubre de 2011 en la que disiente tanto de la resolución materia de impugnación como de la actuación procesal por ausencia del acto ilícito, prescripción de la acción y solicitud de nulidad del fallo de primera instancia.

El 27 de octubre de 2011, en Sala Plena el Tribunal Seccional concedió el recurso de apelación para ante el Tribunal Nacional.

El expediente fue enviado y recibido en el Tribunal Nacional el 3 de noviembre de 2011.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

La ley 1474 de 2011 modificó el momento desde el cual se comienza a contar el término prescriptivo de la acción disciplinaria, en cuanto se dispone en el artículo 132 que comenzará a correr por un tiempo de cinco años, a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria, contra lo que disponía el artículo 30 de la Ley 734, Código Único Disciplinario que en su artículo 30 disponía el mismo término prescriptivo para la acción, pero se comenzaba a contar a partir de la ocurrencia del hecho o de la conducta. En tal sentido se dispone en el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011:

“ Artículo 132. Caducidad y prescripción de la acción disciplinaria. El artículo 30 de la Ley 734 de 2002, quedará así:

“La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia de la falta, no se ha proferido auto de apertura de investigación disciplinaria. Este término empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar.

LA ACCIÓN DISCIPLINARIA PRESCRIBIRÁ EN CINCO (5) AÑOS CONTADOS A PARTIR DEL AUTO DE APERTURA DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA. CUANDO FUEREN VARIAS LAS CONDUCTAS JUZGADAS EN UN MISMO PROCESO LA PRESCRIPCIÓN SE CUMPLE INDEPENDIENTEMENTE PARA CADA UNA DE ELLAS.

Parágrafo. Los términos prescriptivos aquí previstos quedan sujetos a lo establecido a los tratados internacionales que Colombia ratifique”. (Lo destacado no lo es en el texto).

En sentido contrario, la Ley 734 de 2002, en su artículo 30 disponía:

ARTÍCULO 30. TÉRMINOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA. LA ACCIÓN DISCIPLINARIA PRESCRIBE EN CINCO AÑOS, CONTADOS PARA LAS FALTAS INSTANTÁNEAS DESDE EL DÍA DE SU CONSUMACIÓN y para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> En el término de doce años, para las faltas señaladas en los numerales 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 del artículo 48 y las del artículo 55 de este código.

<JurisprudenciaVigencia>

Corte Constitucional
-Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-948-02 de 6 de noviembre de 2002, Magistrado Ponente Dr. Alvaro Tafur Galvis.

Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un solo proceso, la prescripción de las acciones se cumple independientemente para cada una de ellas.

PARÁGRAFO. Los términos prescriptivos aquí previstos quedan sujetos a lo establecido en los tratados internacionales que Colombia ratifique. (Lo destacado no lo es en el texto).

Es evidente que la norma modificada es más favorable que la nueva ley, porque es perceptible que el término prescriptivo opera más pronto de conformidad con las previsiones de la Ley 734 de 2002, puesto

que dicho término comienza a correr desde el mismo momento de la ocurrencia de la conducta o de la consumación de la acción, mientras que de conformidad con las previsiones de la Ley 1474 de 2011, el término de prescripción comenzaría a correr solo desde el momento de la apertura de investigación disciplinaria, hecho que de manera necesaria ocurre tiempo después de cometida la infracción. Además, bien se sabe, que tanto en el ámbito disciplinario y también en el penal, hay ocasiones que las investigaciones solo se vienen a abrir meses o años después de la ocurrencia de los hechos, porque éstos no han sido denunciados o porque el conocimiento de los mismos llega de manera tardía a los funcionarios instructores.

El Código Penal, Ley 599 de 2000 igualmente prevé la prescripción de la acción, contando el mismo a partir de su consumación, tal como se prevé en el artículo 84 al disponerse:

ARTICULO 84. INICIACIÓN DEL TERMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN. EN LAS CONDUCTAS PUNIBLES DE EJECUCIÓN INSTANTÁNEA EL TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN COMENZARÁ A CORRER DESDE EL DÍA DE SU CONSUMACIÓN.

En las conductas punibles de ejecución permanente o en las que solo alcancen el grado de tentativa, el término comenzará a correr desde la perpetración del último acto.

En las conductas punibles omisivas el término comenzará a correr cuando haya cesado el deber de actuar.

Cuando fueren varias las conductas punibles investigadas y juzgadas en un mismo proceso, el término de prescripción correrá independientemente para cada una de ellas. (Lo destacado no lo es en el texto).

En el mismo código, en su artículo 83 el término de menor prescripción es de cinco años, para los delitos que no tienen señalada pena privativa de la libertad. En tal sentido se dispone:

ARTICULO 83. TERMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo.

El término de prescripción para las conductas punibles de genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado, será de treinta (30) años.

(Artículo adicionado por la ley 1154 del 4 de septiembre de 2007). Cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito consagrado en el artículo 237, cometidos en menores de edad, la acción penal prescribirá en veinte (20) años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad

EN LAS CONDUCTAS PUNIBLES QUE TENGAN SEÑALADA PENA NO PRIVATIVA DE LA LIBERTAD, LA ACCIÓN PENAL PRESCRIBIRÁ EN CINCO (5) AÑOS.

Para este efecto se tendrán en cuenta las causales sustanciales modificadoras de la punibilidad.

Al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte.

También se aumentará el término de prescripción, en la mitad, cuando la conducta punible se hubiere iniciado o consumado en el exterior.

En todo caso, cuando se aumente el término de prescripción, no se excederá el límite máximo fijado. (Lo destacado no lo es en el texto).

Es evidente que en las circunstancias normativas precedentes, la nueva Ley (Artículo 132 de la Ley 1474 de 2011, por las mismas circunstancias

argumentativas dadas precedentemente es desfavorable, situación que impone la aplicación de las leyes anteriores de manera ultraactiva por ser más favorables a los intereses de los disciplinados.

En las circunstancias precedentes, es necesario reconocer la aplicación del principio de favorabilidad, constitucionalmente consagrado en el artículo 29 al disponerse:

ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

EN MATERIA PENAL, LA LEY PERMISIVA O FAVORABLE, AUN CUANDO SEA POSTERIOR, SE APLICARÁ DE PREFERENCIA A LA RESTRICTIVA O DESFAVORABLE.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. (Lo destacado no lo es en el texto).

Al operar el término prescriptivo de la acción disciplinaria en un mayor espacio de tiempo con la Ley 1474, ha de concluirse de manera necesaria, que la ley anterior que es modificada es más favorable, al exigir un menor tiempo para el período prescriptivo y por tanto será ésta la ley aplicable por ultraactividad de la ley penal más favorable.

Bastan las consideraciones anteriores para el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de sus atribuciones:

RESUELVA

ARTÍCULO PRIMERO. Decretar la prescripción de la acción disciplinaria a favor de los Drs. LUIS ADALBERTO ERAZO MUÑOZ y RICARDO ALBERTO ZARAMA MÁRQUEZ, en el proceso 792 del Tribunal de Seccional de Ética Médica del Cauca.

ARTÍCULO SEGUNDO. Devolver éste expediente al Tribunal de origen para lo pertinente.

ARTÍCULO TERCERO. Contra esta resolución no obra recurso alguno.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado- Presidente

GERMAN PEÑA QUIÑONES, Magistrado- Ponente;

LUIS ALBERTO BLANCO RUBIO, Magistrado.

No firma por ausencia justificada;

EFRAÍM OTERO RUÓZ, Magistrado;

JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado;

EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico

MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria

POR QUÉ ES NECESARIO REGULAR LA CONDUCTA HUMANA?

FERNANDO GUZMAN MORA, MD

Cirujano Cardiovascular. Hospital Militar Central

Abogado Penalista. Candidato a Maestria en Derecho Penal. U Libre

Magistrado Tribunal Nacional de Etica Medica

Aspirante a Maestria en Bioetica. U El Bosque

Docente AH. Facultad de Medicina. Universidad Militar Nueva Granada

CR MED (ARMADA) SARA EDITH MORENO MAZO, MD

Oftalmologa. Glaucomatologa

Subdirectora Servicios de Apoyo. Hospital Militar Central

Especialista en Docencia Universitaria

Candidata a Maestria en Bioetica. U El Bosque

Docente AH. Universidad Militar Nueva Granada

TC MED (EJERCITO) CARLOS ALBERTO ARIAS PAEZ, MD

Cirujano Vascular Periferico. Cirujano Cardiovascular. Hospital Militar Central. Jefe de ambos servicios

Instructor ATLS. Asociacion Colombiana de Cirugia

Docente AH. Universidad Militar Nueva Granada

Al juzgar el acto humano desde el punto de vista jurídico no pueden tenerse en cuenta consideraciones trascendentes de tipo místico, porque las creencias religiosas son subjetivas, etéreas, personalísimas, no demostrables, no científicas y todas, absolutamente todas, dignas del mayor respeto. Son idénticamente iguales el cristianismo, el judaismo, el islamismo, el protestantismo, el budismo, el taoismo y cualquier otra linea de creencias humanas, así se encuentren impregnadas de

fantasías, deseos, historietas, milagrerías y mártires de todo tipo. De la misma forma, el ateísmo es tan respetable como cualquiera de las otras

Dice Lakatos (LAKATOS, Imre, La metodología de los programas de investigación científica, Alianza Universal, Madrid, Alianza Editorial, 1983.)

El respeto que siente el hombre por el conocimiento es una de sus características más particulares. En latín, conocimiento se dice "scientia" y ciencia llegó a ser el nombre de la clase de conocimiento más respetable. Qué distingue el conocimiento de la superstición, la ideología o la pseudo-ciencia? La Iglesia Católica excomulgó a los copernicanos, el Partido Comunista persiguió a los mendelianos por entender que sus doctrinas eran pseudo-científicas. La demarcación entre ciencia y pseudo-ciencia no es un mero problema de filosofía de salón; tiene una importancia social y política vital. (...) realmente lo que caracteriza a la conducta científica es un cierto escepticismo incluso con relación a nuestras teorías más estimadas. La profesión de la fe ciega en una teoría no es una virtud intelectual sino un crimen intelectual.(...) el valor cognoscitivo de una teoría nada tiene que ver con su influencia psicológica sobre las mentes humanas. Creencias, convicciones, comprensiones... son estados de la mente humana. Pero el valor científico y objetivo de una teoría es independiente de la mente humana que la crea o la comprende. Su valor científico depende solamente del apoyo objetivo que prestan los hechos a esa conjetura. Como dijo Hume: 'si tomamos en nuestras manos cualquier volumen de teología o de metafísica escolástica, por ejemplo, podemos preguntarnos: Contiene algún razonamiento experimental sobre temas fácticos y existenciales? No. Arrojémoslo entonces al fuego porque nada contendrá que no sean sofismas e ilusiones'(...)"

Sobre esta base, comencemos diciendo que el hombre NO es bueno por naturaleza. Y su supervivencia en este planeta hostil jamás ha dependido de la bondad de sus acciones y de la pureza conceptual de su intelecto. El ser humano descende de los mismos genes que originaron a los dinosaurios y a los simios. Menos de un cinco por ciento de nuestra

carga genética se diferencia de la de un orangután, de un chimpancé o de un gorila. Y que algunos autores de cierta respetabilidad aseguren que ese pequeño porcentaje representa el alma inmortal, no puede ocasionar en un espíritu libre más que escepticismo e hilaridad.

El ser humano es el mayor depredador que ha existido en los millones de años de historia del planeta tierra. Y su grandeza no se relaciona con la delirante idea de un fantástico ser que juega en el campo de la ingeniería genética con la mente traviesa de un niño. Su real grandeza proviene de su desarrollado cerebro, de la conciencia de sí mismo, de la capacidad de transformar el mundo, de la posibilidad de resolver problemas cada vez en forma más rápida y de su asombrosa capacidad de adaptación.

De los golpes más importantes que ha recibido la concepción religiosa de la sociedad, que tanto daño y muerte ha producido en la historia de los pueblos, han sido el descubrimiento de la evolución de Charles Darwin, el estudio de la genética de Gregorio Mendel y el descubrimiento de las fuerzas instintivas del inconsciente por Sigmund Freud. En efecto, al haber demostrado la existencia del denominado “ello” o inconsciente instintivo de los seres humanos, los conceptos de la bondad natural del ser humano han quedado en el suelo.

Freud nos habla del innato egoísmo y de la enorme agresividad de las personas cuando dice:

“Debido a esta primordial hostilidad entre los hombres, la sociedad civilizada se ve constantemente al borde de la desintegración. El interés que ofrece la comunidad de trabajo no bastaría para mantener la cohesión, pues las pasiones instintivas son más poderosas que los intereses racionales. La cultura se ve obligada a realizar múltiples esfuerzos para poner barreras a las tendencias agresivas del hombre, para dominar sus manifestaciones mediante formaciones reactivas psíquicas. De ahí ese despliegue de métodos destinados a que los hombres se identifiquen y entablen vínculos amorosos coartados en su fin”

José Cueli expresa en un artículo sobre el instinto de muerte:

Freud amplía la noción de psique y al lado opuesto de la razón encuentra el inconsciente, y en oposición al instinto de vida encuentra el de muerte, estableciendo de este modo la posibilidad de concebir, como parte constitutiva de lo humano, esa fuerza contraria a la razón, determinante para explicar lo que hasta entonces había quedado inaccesible a la ciencia.

Freud no es aceptado por la academia positivista propietaria de la ciencia, porque ésta es hija de la razón, y la razón no acepta al inconsciente, al no ser medible ni predecible ni verificable.

Sin embargo, tanto científicismo que deja de lado a la sicología de las profundidades de Freud no ha podido, sino por el contrario, frenar la descomposición social y la violencia y capacidad de la destructividad humana. No es ignorando al inconsciente y a la parte “negra” que nos habita y constituye como lograremos, si es que es posible, dar todavía esperanza al futuro de la humanidad.

De nada ha servido la ciencia medible, precisa y aséptica que ha dado paso a la creación de tecnología de punta para crear armamento complejo para matar y aniquilar.

Hartos estamos de escuchar discursos cargados de estulticia en los que se habla y actúa desde la prepotencia imperialista de “bombas inteligentes”, guerras, (léase) matanzas preventivas. Ya no cabe el engaño.

A pesar de la manipulación y el uso alevoso y perverso de los mass media, las imágenes de tortura no hacen sino constatar que hemos perdido el rumbo.

Quizá aún haya tiempo de enmendar tantos errores. Pero para ello habrá que estudiar con más profundidad la naturaleza humana.

Respecto del inconsciente afirma otro tratadista:

Los contenidos del inconsciente tratan de acceder a la conciencia pero lo hacen a través de las llamadas “transformaciones de compromiso”, es decir que aparecen de forma disfrazadas a través de los sueños, lapsus, actos fallidos, etc. Los sueños son unos de los principales objetos de estudio del psicoanálisis, los sueños son mensajes subliminales del inconsciente, los lapsus y los actos fallidos son acciones impensadas que ocurren en la vida cotidiana por ej., (errores al escribir o al hablar), estos hechos son irrupciones ilógicas dentro de la racionalidad cotidiana, es decir son del mismo orden del inconsciente y se toman como su reflejo, al igual que los sueños al que se denomina el reino de lo irracional. .

Según el psicoanálisis Los contenidos del inconsciente son deseos, fantasías sexuales y/o agresivas. El lenguaje del inconsciente es fundamentalmente diferente al lenguaje de los procesos conscientes. Los procesos del inconsciente son ilógicos e irracionales. Los conscientes siguen las leyes de la lógica y la racionalidad. Los contenidos del inconsciente acceden a lo consciente por medio de transacciones: los síntomas, sueños, actos fallidos, etc. Entender la relación significante-significado es el desafío para descifrar el mensaje.

La revista Science publicó en los años 80, un trabajo que realizó un grupo de psicólogos. Se eligieron 20 octágonos de manera irregular y se proyectaron en una pantalla con un lapso de un milisegundos. Naturalmente ninguno de los voluntarios fue capaz de percibir las imágenes a dicha velocidad, lo sorprendente fue cuando los psicólogos pidieron a los voluntarios que eligieran entre un grupo de octágonos mas grandes, cuales eran los que mas le gustaban, en este caso eligieron los octágonos proyectados subliminalmente.

En la película El Exorcista, durante la escena de una pesadilla se han incluido dos fotogramas de una figura calavérica. La imagen dura unas centésimas de segundos, con lo cual el cerebro no tiene tiempo de hacerla consciente, sin embargo nos golpea desde el inconsciente y contribuye a crear un ambiente tenebroso.

También se han utilizado mensajes subliminales en la publicidad, esta representa la connotación (algo que representa al producto, aunque no tenga nada que ver) y la analogía (una imagen similar a la que se quiere vender), en estos casos el mecanismo es asociativo, con sus reglas ocultas, pero de toda manera no inconsciente.

Existen otros fenómenos que comprueban la presencia del “otro yo”, por ej., el de la información bajo los efectos de la anestesia general, aún cuando estamos en la sala de un quirófano nuestro “otro yo” sigue trabajando.

CONCLUSIÓN

Los seres humanos, desafortunadamente, no actúan en forma correcta por amor filial, ni por solidaridad de especie, ni por comunidad de creencias en un mismo Dios. Las conductas de la raza humana se han atemperado y encausado gracias a la norma que obliga, que ordena y que amenaza cuando no se obedece. Es decir, las personas actúan con respeto a sus semejantes por miedo al castigo, en cualquiera de sus esferas. Por miedo a la pena que impone la trasgresión de las normas jurídicas. Por miedo al repudio social de sus comunidades. Por temor a la crítica de sus superiores jerárquicos. Y solo parcialmente por incomodidad con su propia conciencia moral.

A pesar de lo anterior, el ser humano es la máxima expresión de desarrollo en la evolución animal. Y si a su inteligencia unimos el derecho como máximo regulador de su conducta, podemos llegar a entender, por ejemplo, el por qué existen derechos fundamentales que deben respetarse en nuestros semejantes y en nosotros mismos. Y no precisamente porque lo haya expresado algún profeta, o porque se encuentre (como de manera más poética que filosófica lo afirman algunos pensadores), “inscrito en el corazón del ser humano”. No! Estos derechos existen porque la misma sociedad humana así lo ha reconocido a través de sus leyes positivas. Y lo ha hecho luego de miles de años de historia, de sufrimiento, de abusos, de lucha conceptual y

de muchos levantamientos sociales que han llegado a proclamar que todos somos iguales en dignidad, en derechos y en respeto.

Y todo esto se lo debemos al Derecho. No a la religión (que es individual), ni a la moral (que es subjetiva), ni a deidades fantásticas). En esencia, lo debemos al Derecho, institución inventada por la misma raza humana y que ha permitido que seres tan salvajes como nosotros, hayamos podido vivir en sociedad.

Pero para aquellos que están convencidos de la bondad innata del ser humano, recordemos el siguiente escrito, producido hace mas de dos mil años:

Somos nosotros mejores que ellos? En ninguna manera; pues ya hemos acusado a judíos y a gentiles, que todos están bajo pecado. Como está escrito:

No hay justo, ni aun uno. No hay quien entienda. No hay quien busque a Dios. Todos se desviaron, a una se hicieron inútiles. No hay quien haga lo bueno, no hay ni siquiera uno. Sepulcro abierto es su garganta. Con su lengua engañan. Veneno de áspides hay debajo de sus labios. Su boca está llena de maldición y de amargura. Sus pies se apresuran para derramar sangre. Quebranto y desventura hay en sus caminos. Y no conocieron camino de paz. No hay temor de Dios delante de sus ojos. Pero sabemos que todo lo que la ley dice, lo dice a los que están bajo la ley, para que toda boca se cierre y todo el mundo quede bajo el juicio de Dios; ya que por las obras de la ley ningún ser humano será justificado delante de él; porque por medio de la ley es el conocimiento del pecado. Pero ahora, aparte de la ley, se ha manifestado la justicia de Dios, testificada.

Y el autor es Saulo de Tarso, mejor conocido como San Pablo. Uno de los pilares ideológicos del cristianismo

DIFERENCIAS ENTRE DERECHO, MORAL, BUENAS COSTUMBRES Y REGLAS DE TRATO SOCIAL

FERNANDO GUZMAN MORA, MD

Cirujano Cardiovascular. Hospital Militar Central

Abogado Penalista. Candidato a Maestria en Derecho Penal. U Libre

Magistrado Tribunal Nacional de Etica Medica

Aspirante a Maestria en Bioetica. U El Bosque

Docente AH. Facultad de Medicina. Universidad Militar Nueva Granada

CR MED (ARMADA) SARA EDITH MORENO MAZO, MD

Oftalmologa. Glaucomatologa

Subdirectora Servicios de Apoyo. Hospital Militar Central

Especialista en Docencia Universitaria

Candidata a Maestria en Bioetica. U El Bosque

Docente AH. Universidad Militar Nueva Granada

TC MED (EJERCITO) CARLOS ALBERTO ARIAS PAEZ, MD

Cirujano Vascular Periferico. Cirujano Cardiovascular. Hospital Militar Central. Jefe de ambos servicios

Instructor ATLS. Asociacion Colombiana de Cirugia

Docente AH. Universidad Militar Nueva Granada

INTRODUCCION

Cuatro elementos rigen la conducta humana en sociedad, para que las personas se comporten de manera medianamente correcta en el conglomerado comunitario en que transcurren sus vidas: Las normas

jurídicas, los dictados morales, la practica de las buenas costumbres y el acatamiento de las reglas de trato social.

Pero cual de ellas es la mas importante directriz de conducta para los miembros de la sociedad? Cual es la que tiene verdadera repercusión en los actos humanos?

El propósito de este escrito es analizar de manera muy somera los fundamentos de la sujeción a estas cuatro guias de comportamiento en sociedad.

ANALISIS INICIAL

Los cuatro conceptos parten del deber ser; es decir, describen conductas y situaciones que deben ser cumplidas con base en el concepto de perfección que cada sociedad posee. Y esta idea de perfección ha sido la que ha impulsado el conocimiento y la sabiduría humana, siendo estos dos además su mecanismo de retroalimentación en el sentido de añadir mayor perfección en cuanto mayor es el conocimiento de las cosas.

Se afirma que el Derecho constituye el mínimo moral en la conducta de las personas. Y es apenas obvio que las normas jurídicas no pueden ir en contra de la moral. Sin embargo se puede dar el fenómeno del “Derecho Injusto”, dependiendo del momento de su consideración. Si en el siglo actual juzgamos la institución de la esclavitud, nos parece monstruosa desde todo punto de vista. Sin embargo, era aceptada por la sociedad y sus normas jurídicas en muchas partes del mundo. De otro lado, las ideas totalitarias de tipo fascista que llevaron al régimen nazi a cometer semejantes atropellos, fueron a su vez elaboradas y aceptadas por la sociedad que las sufrió y, por lo tanto, eran la norma jurídica de aquel entonces, siendo su aceptación obligatoria.

Asimismo, lo que para algunos países puede ser norma moral, para otros no lo es. Por lo tanto, acatar el Derecho no implica necesariamente un deber moral. Y en esto aplica la teoría de la resistencia a algunas

normas por parte de quien considera que son totalmente inmorales. Esto es explícito, por ejemplo, en el Catecismo de la Iglesia Católica, en cuyo numeral 1903 expresa: "...si los dirigentes proclamasen leyes injustas o tomaran medidas contrarias al orden moral, estas disposiciones no pueden obligar en conciencia..."

Otros dicen que la norma moral es el mismo derecho natural. En este aspecto vale la pena discutir acerca de la cientificidad del concepto de Derecho Natural, pero teniendo en cuenta que el acatamiento del derecho no es necesariamente una obligación moral en todas partes del mundo y que lo que denomina Derecho Natural no es aceptado por todos.

Aunque Derecho, Moral, Buenas Costumbres y Normas de Trato Social se encuentran imbricados entre sí, puesto que se complementan en algún momento, existen diferencias esenciales, como vamos a ver.

1. DEFINICIONES

A- Derecho es el conjunto de normas que regula vida en sociedad con miras a obtener la coexistencia pacífica, el bien común, la felicidad colectiva y el orden social

Ejemplo: la Constitución de 1991 expresa en la declaración sobre LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Art. 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Art. 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación;

defender la independencia nacional, matener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

B- Moral es la aplicación a un caso específico de las reglas éticas universales que buscan el bien y desechan el mal, considerando con esto acercarse a la perfección del ser individual. Moral proviene del latín «mores» y Ética del griego «ethos». Ambos significan: costumbre.

La moral no es simplemente un concepto filosófico. Es una vivencia existencial basada en el mejoramiento o perfección de los individuos. Constituye el código de comportamiento social y personal que defiende los intereses colectivos y permite la convivencia entre personas. La moral es entonces el conjunto de normas de conducta que permite establecer una distinción entre lo que es bueno y lo que no lo es.

El sentido moral nace de la responsabilidad y de la libertad. Es precisamente esta última la que hace que los actos sean susceptibles de ser calificados como buenos o malos, pues en el ejercicio de su libertad y luego de un análisis de conciencia, el ser humano toma la decisión de efectuar un acto determinado. El hombre virtuoso es el que posee una predisposición permanente a hacer el bien, dando en forma permanente lo mejor de sí mismo.

La ética es el estudio de la moral. Plantea cuál es el valor de bondad de las conductas mismas, de lo que es correcto o incorrecto. Es entonces la filosofía de la moral y por lo tanto busca causas universales que logren adaptar los actos humanos al bien universal.

Se ha definido además como «ciencia del comportamiento», pues parte del análisis histórico y social de hechos morales concretos, tratando de llegar a principios universales en forma objetiva, sistematizando el conocimiento y volviendo verificables estos principios. Es pues, la

ciencia que juzga los actos humanos como buenos o malos, entendiendo como acto humano el que procede de la voluntad del hombre

Como disciplina, la ética es de tipo normativo, es decir, se ocupa del «como debería ser en general» la conducta humana.

La ética se basa en el análisis del bien y del mal. Por lo tanto, dentro de la conducta humana hay acciones que deben normatizarse, con el objeto de evitar que el instinto dirija a la razón. Desde este punto de vista, los actos se llevarán a cabo por convicción propia (nacida de la educación social), por normatización externa y como resultado de una visión general del universo.

La ética no es una ciencia positiva. No describe los actos humanos como son, sino como deben ser. Por esto, es una ciencia normativa. Existen unos principios absolutos para cualquier estructura ética, en lo concierne al ser humano en sí. Ellos incluyen su autonomía de decisión, su individualidad, su igualdad de derechos y la práctica de deberes elementales como no dañar a nada ni nadie sin absoluta necesidad. El estudio y la enseñanza de estos principios «mínimos» de convivencia es el fundamento de la ética social

Desde el punto de vista de ética social tenemos tres grandes principios éticos, destinados al recto obrar humano, según la premisa ética de la recta razón: Haz el bien y evita el mal; no hagas a otro lo que no desees que hagan contigo; y haz a los demás lo que desees que hagan contigo. Los principios elementales de la ética natural son: Inviolabilidad del ser humano, igualdad de derechos y respeto a la integridad personal.

C- Normas de trato social o convencionalismos sociales son conductas y actos que representan simbolismo de civilización, respeto y acatamiento jerárquico

A la persona, sin importar el sitio en donde transcurra su existencia, se le enseñan costumbres, modos de actuar y comportamientos ante determinados hechos. Existen dos tipos de normas enseñadas: Básicas (Preservar la vida, no hacer daño, conseguir la máxima felicidad

posible para el mayor número de individuos) y Secundarias (Válidas en determinadas circunstancias)

Los modelos sociales constituyen, en términos generales, orientadores de la conducta humana, tanto al interior de las agrupaciones específicas, como en su relación con los demás grupos sociales. Ellos ofrecen orientación en circunstancias específicas de tiempo, espacio, situación y tradición. Aunque su campo de acción puede ser restringido al conglomerado que crea el modelo, debe observarse el trasfondo que sustenta el símbolo que, al fin y al cabo, muestra un conjunto de valores dignos de ser imitados por los respectivos miembros. Y esta es la verdadera esencia de los signos: su relación entre el valor de fondo y su materialización resumida en un elemento gráfico que lo identifica.

D- Buenas costumbres son aquellas conductas consideradas como recomendables en personas que se involucran en negocios jurídicos, con especial referencia a los comerciantes. Las buenas costumbres son códigos de honor. Es el respeto a la palabra dada, así el texto del contrato haya quedado oscuro, se va al espíritu del mismo y no solamente a la formalidad. De acuerdo con Noguera, ellas son verdaderas normas y, aunque no pueden ser juzgadas a la luz de los criterios de la Moral y el derecho, la sociedad exige una forma especial de cumplimiento de las mismas con el objeto de hacer la convivencia más agradable. De otro lado, aunque su incumplimiento carezca de sanción legal, acarrea una sanción de tipo social.

2. OBJETIVOS DIFERENTES

El Derecho constituye una aplicación objetiva del contrato social que rige la formación del Estado y de esta manera obliga en virtud de la voluntad general. La Moral involucra los principios éticos generales a las situaciones particulares con base en lo que para la sociedad en cuestión es deseable como valores íntimos de cada individuo. Las reglas de trato social describen formas externas de comportamiento recomendables como simbología social para jerarquizar algunos miembros de la sociedad. Las buenas costumbres apelan a lo que

se predica como integridad en los asuntos personales y respeto a la palabra como si se tratara de una verdadera firma.

3. TELEOLOGIA DIFERENTE

El Derecho, por su misma formación, se orienta hacia la coexistencia pacífica y el bien común, regulando las conductas que tengan trascendencia social. La Moral busca la rectitud del actuar con base en el íntimo convencimiento de lo que es bueno. Las reglas de trato social sugieren la íntima sujeción a ciertos simbolismos que demuestran respeto a grupos dentro de la estructura social. Las buenas costumbres intentan sujetar la disposición justa en los negocios interpersonales.

4. POSEEN DIFERENTE FUENTE

El Derecho nace de la agrupación social una vez organizada y sus fuentes son la Ley, la Jurisprudencia, la costumbre y la doctrina. La Moral se basa en las creencias tradicionales, religiosas e históricas, es decir, en la ideología predominante en la sociedad que se tiene en cuenta. Las normas de trato social de la convivencia organizada y jerarquizada de los individuos y que se manifiesta también a través de la costumbre. Las buenas costumbres de la repetitividad de los actos que defienden la integridad de las palabras y de las personas tenidas como honestas y justas.

5. APLICABILIDAD

La Norma Jurídica aplica a las situaciones específicas que se expresan en el Derecho Positivo. Y aquí se da un fenómeno particular: Mientras los particulares pueden hacer todo lo que no se encuentre prohibido por las normas, los funcionarios públicos solamente pueden hacer aquello que esté expresamente regulado por la misma. La norma Moral regula un área mucho más amplia que la del Derecho, puesto que la norma jurídica no puede ocuparse absolutamente de todas las posibles conductas humanas, salvo aquellas que repercuten socialmente sobre otros miembros de la sociedad. Por esto, la norma Moral aplica en todos los actos del individuo, con base en lo que su propia conciencia

califique como bueno o malo en cada situación. Las normas de trato social regulan actos muy específicos en la vida de las personas. Las buenas costumbres hacen referencia a los actos relacionados con los negocios jurídicos, aunque expresamente no estén considerados en la norma respectiva. Es decir, apelan a la conciencia de rectitud en los negocios que debe poseer un sujeto de derecho íntegro y muy particularmente en los actos comerciales.

6. NACEN Y REPORTAN ANTE DIFERENTES ESTRATOS

Todas tienen su origen en la sociedad y su cultura. Sin embargo, el estrato encargado de evaluarlas es diferente según el caso. El Derecho nace del conflicto en la convivencia y por lo tanto el encargado de aplicarlo es la Jurisdicción (función pública de administrar Justicia). La moral es consecuencia del concepto que se tenga en cada comunidad sobre lo que debería ser el actuar ideal, siendo su juez la propia conciencia. Las normas de trato social nacen de la comunidad y describen actos sencillos de la vida diaria que dan carácter propio a la misma, siendo esta comunidad la encargada de evaluarlos. Las buenas costumbres nacen del negocio jurídico como acuerdo de voluntades de buena fe y son esencialmente los implicados en estos quienes juzgan su adecuado cumplimiento.

7. LA COACTIVIDAD ES DIFERENTE

El Derecho es, por esencia, de obligatorio cumplimiento. Y esto implica que quien no desee cumplir con la norma es obligado por la fuerza a respetarla. La Moral no tiene coactividad externa y solamente afecta la conciencia de quien transgrede la norma ética aplicada. La norma de trato social es de cumplimiento voluntario, pero su no acatamiento genera sanciones sociales por parte del grupo afectado. Las buenas costumbres también son de cumplimiento al albedrío, pero su violación conlleva el señalamiento por parte de quienes pertenecen a la esfera del negocio jurídico que se vea afectado, particularmente los comerciantes.

8. EXTERNALIDAD vs INTERNALIDAD

El Derecho es el juez por excelencia de la externalidad, es decir del reino de la acción. Sin embargo, cabe expresar a este respecto que algunas de sus áreas, especialmente el Derecho Penal, mira siempre la intencionalidad del acto en conjunto con sus resultados. De no ser así, las tentativas no podrían ser juzgadas adecuadamente.

La Moral, por el contrario, juzga el reino de la intención, es decir, la internalidad de la acción. Por ello, le interesa esa intención más que el resultado de la misma.

Las normas de trato social también son de tipo externo. Y aquí puede apreciarse que muchas reglas de uso social son efectuadas aún a repugnancia de quien debe practicarlas para conservarse dentro de un grupo determinado. Las buenas costumbres son similares a estas últimas en este aspecto.

9. AUTONOMIA

Si analizamos a fondo el tipo de autonomía de las normas, todas (por su misma naturaleza social), son impuestas desde afuera. Sin embargo, partiendo de la persona con capacidad de autodeterminación, se considera que el Derecho, las normas de trato social y las buenas costumbres son de origen heteronómico, es decir, vienen impuestas desde fuera de la conciencia individual. La Moral se considera autonómica, pues el individuo acata sus normas de manera libre y consciente, aunque como dijimos antes, la influencia de la familia, la educación y la sociedad en la aceptación de las mismas no es exactamente libre de cualquier influencia.

10. OBLIGATORIEDAD

Se relaciona con la coactividad. Sin embargo, desde el punto de vista de convencimiento interno, la norma Moral obliga solamente a la conciencia, por lo cual una persona puede ejercer un acto inmoral a conciencia, sin tener que rendir cuenta de su intención más que a sí mismo. El Derecho obliga por la coactividad que posee y puede

verse que sus normas se acaten aún a repugnancia de quien lo hace, simplemente por miedo al castigo que se puede obtener por la violación de las mismas. En lo referente a normas de trato social, una buena parte de las veces sus símbolos de cumplimiento se efectúa de manera poco sincera. Por último, la práctica de las buenas costumbres puede también verse afecta de esta hipocresía, aunque quien las sigue a convencimiento, puede practicarlas de muy buena fé.

11. SANCION POR INCUMPLIMIENTO

La sanción por incumplimiento del Derecho se encuentra determinada en los códigos. Y esto es fruto de varios principios jurídicos entre los cuales destaca el que afirma: No hay delito si no está tipificado. No hay pena sin delito.

La pena por violación a normas éticas es patrimonio de la conciencia de cada persona. Y no se crea que esto no tiene repercusión. Porque puede darse el caso de alguien a quien no interese mayormente la transgresión de las normas morales, mientras otras personas que lo hacen pueden llegar a actos de castigo tan severos como el mismo suicidio

El irrespeto a las normas de trato social también es indeterminado. Puede ser tolerado en algunas comunidades, como puede ser excesivamente punible en otras, que llagan hasta el aislamiento y la expulsión de quien no las acata

Respecto de las buenas costumbres, su violación puede también llevar al ostracismo y el destierro de la comunidad que evalúa su incumplimiento.

12. RESULTADO vs INTENCION

Este es un punto controversial en la diferenciación de las diversas normas sociales que tienen relación con el deber ser. El Derecho, al juzgar el resultado de la conducta tiene en cuenta la intención pero también el resultado. Es el problema clásico de las obligaciones de medio y de resultado. De igual manera, al Derecho Penal interesa la

intención del actuante, para poder considerar la gravedad y magnitud del delito. Y aunque no se adjudique el dolo a muchas actuaciones que produzcan un efecto dañoso, la no observación de normas de elemental cuidado social puede traer como consecuencia el caer en el campo de la culpa, la cual puede ser severamente castigado por el Derecho.

La Moral tienen en cuenta, esencialmente, la intención del actuar. Y así el resultado no sea el esperado, esa intención califica al acto de moralmente bueno o malo según el caso.

El sentido moral nace de la responsabilidad y de la libertad. Es precisamente esta última la que hace que los actos sean susceptibles de ser calificados como buenos o malos, pues en el ejercicio de su libertad y luego de un análisis de conciencia, el ser humano toma la decisión de efectuar un acto determinado. De acuerdo con algunos doctrinantes, la moralidad de los actos humanos depende de tres cosas:

- El objeto elegido, o dirección hacia el cual tiende la voluntad.
- La intención o fin, en la que actúa la voluntad y la razón
- Las circunstancias de la acción

Para que un acto sea moralmente bueno, deben ser buenos los tres elementos. Por lo tanto, juzgar los actos humanos solamente con base a su intención, es erróneo. El fin no justifica los medios y no es permitido hacer el mal para conseguir un bien.

Las normas de trato social son estrictas en este aspecto y juzgan en esencia el resultado de la acción.

El juicio a las buenas costumbres tiene un carácter intermedio, pues si bien evalúa el resultado, también tienen en cuenta la intención y los antecedentes de la persona que actúa.

13. CONSECUENCIAS DEL EXCESO

Todas las normas tienen extremos cuando se trata de su aplicación. La Norma de Derecho, al no ser aplicada, crea desorden social e inseguridad jurídica. Pero al serlo sin tener en cuenta circunstancias

específicas de cada caso, puede dar lugar a injusticia e inequidad. Y si bien es cierto que los jueces están sujetos al imperio de la Ley, no es menos cierto que cada situación es diferente como lo es cada persona. De allí la necesidad de la doble instancia, de los recursos, de la jurisprudencia de las cortes, etc. Adicionalmente, la aplicación exegética de la norma sin tener en cuenta esas circunstancias, puede dar lugar a la violación de uno de los principios generales del derecho: el abuso del mismo.

Por su parte, la norma Moral puede también ser objeto de excesos. Por un lado si no existen principios éticos claros en la conducta personal, se puede llegar a un estado de elasticidad moral que es totalmente inaceptable en la vida diaria. Y la sujeción ciega a los dictados morales, especialmente cuando tienen su base en la religión, puede llevar al fanatismo conductual, del que poseemos miles de ejemplos en la historia.

Las normas de trato social, en caso de no ser aplicadas, llevan al irrespeto de personas que se han ganado una situación de privilegio en la sociedad por cualquier causa aceptada por la misma. Y su exceso puede desembocar en una vida llena de formalismos hipócritas in ningún sentido.

14. SUBJETIVIDAD vs OBJETIVIDAD

El Derecho es por definición objetivo. Sus normas son claras, escritas y al promulgarse se dan a conocer a toda la sociedad.

La norma moral es básicamente subjetiva, aunque se presentan excepciones, como el caso de las normas de conducta de ciertas profesiones y oficios, que tratan de objetivizar la conducta moral

Los convencionalismos sociales pueden estar o no escritos. Los manuales de urbanidad y cívica son el ejemplo de reglas escritas que son enseñadas a los miembros de la sociedad. Pero algunos símbolos de trato social provienen de la costumbre e igualmente son tenidos como verdadera norma.

Respecto de las buenas costumbres, muchos hablan de ellas y pocos se aventuran a definir las. Por eso se ubican más que todo en las normas de conducta tenida como correcta entre personas involucradas en el negocio jurídico, como los comerciantes profesionales.

15. TIPO DE JUSTICIA A LA QUE SIRVEN

Existen varias definiciones de justicia, dependiendo del punto de consideración: virtud teologal, disposición a la equidad, poder judicial, rectitud, probidad, justicia conmutativa, justicia distributiva, etc.

En términos generales, la norma jurídica sirve a la Justicia objetiva, es decir, a lo que se establece en los códigos y su interpretación y aplicación por parte de los jueces.

La norma Moral sirve a la Justicia subjetiva, es decir, a lo que mueve la conciencia del individuo a actuar correctamente con base en la definición de bien o mal que él mismo posea

Las normas de trato social son ejemplo de justicia en cuanto respeto a quien se lo ha ganado, comenzando por la misma sociedad. Es una justicia grupal.

Las buenas costumbres sirven a la justicia individual, es decir, al cultivo de virtudes basadas en la honestidad de las personas.

16. VALORES INTERPUESTOS

En el Derecho los extremos dialécticos son el orden y el desorden, la convivencia y la tolerancia, el bien común y el bien individual en la sociedad

En la moral estos son el Bien y el Mal. La perfección y la imperfección íntimas

En las normas de trato social el respeto y el irrespeto en el grupo social

En las buenas costumbres la honestidad y la deshonestidad en el negocio jurídico.

17. EJEMPLOS

En Derecho se encuentran todos los códigos actuales: Penal, civil, laboral, contencioso administrativo, etc. Asimismo la jurisprudencia de las cortes y la doctrina de los pensadores del Derecho

En Moral los valores éticos universales de : No hacer a otro lo que no desearías se haga contigo, hacer con otro lo que uno desearía se haga con uno mismo, la justicia, etc

En Normas de Trato Social: la urbanidad, el decoro en el vestir, la moderación del lenguaje, el saludo a los superiores, etc

En las buenas costumbres el cumplimiento a la palabra empeñada, la integridad, la buena fe, la probidad, el cuidado en los negocios, la justicia, la equidad, etc

ANÁLISIS

Si la sociedad se hubiera regido por el criterio moral de cada uno de sus individuos, es probable que no habría soportado el paso de los siglos.

Porque cada persona tiene conceptos morales diferentes, puntos de vistas diferentes, experiencias opuestas, afectos contradictorios, etc.

Lo único que unifica la conducta de las personas, obviamente por medios coercitivos, es la fuerza del Derecho. Sus normas obligan. No son de cumplimiento condicional o subjetivo. No hay alternativa en si se cumplen o no. Todo el mundo las cumple y se somete a las consecuencias de transgredirlas.

La ley, creación de la raza humana, como lo ha sido la sociedad, la cultura y las instituciones sociales de diferente índole, es una invención del hombre a través de la historia, para elegir aquellos principios y normas que permitan vivir en comunidad y que benefician mas ampliamente al mayor numero de personas.

Por lo tanto, esa creación del espíritu humano que se llama ley, es la que ha determinado lo que es bueno o aceptable y lo que es malo o

reprobable en la conducta humana, cuando esta repercute de manera objetiva sobre la comunidad

Y una de las formas en que la ley se ha manifestado es a través del reconocimiento de los derechos que tienen los seres humanos por el simple hecho de pertenecer a la raza humano

Por lo anterior, los denominados derechos fundamentales han sido inventados, creados, asignados y obligados a respetar por la sociedad, por disposición de la misma ley. No simplemente porque el ser humano como tal exige el respeto a una serie de derechos que le son inherentes porque vengan impresos en cada persona. No. Lo que pasa es que la ley ha asignado esos derechos a nivel mundial y ha educado a las comunidades en el respeto a los mismos, so pena de trasgredir la ley atenerse al castigo que esto conlleva

Por todo lo anterior, lo importante es que la norma se ajuste a las exigencias del contrato social de los países. Y estas exigencias se basan en hechos reales, en costumbres, en análisis científicos y en conocimiento de cada sociedad en particular y de la raza humana en general.

Y la norma debe ser acordada, válida, aceptada y lógica en su estructura. Es decir, acorde con el deseo social de los representantes de la comunidad y obediente a los principios del aparato jurídico de cada país.

La base de la norma es el Poder y la Autoridad. Ellas organizan la convivencia social por medio de la fuerza del derecho

BIBLIOGRAFIA

1. Guzman M, Franco E, Saavedra E. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA ETICO MEDICA. Universidad Libre. Bogotá. 2007.
2. Elser, Alvin. Derecho penal, medicina y genética, Ed. Idemsa, Lima, Perú 1998.
3. F Abel, C Cañón. La mediación de la filosofía en la construcción de la tica, Universidad Pontificia Comillas, Madrid. 1998.
4. Habermas J. Escritos sobre moralidad y eticidad; Ed, Paidós, Barcelona, España. 1991.
5. Hottois G. El paradigma bioético: una ética para la tecnociencia, Ed. Anthropos, Barcelona, España. 1991.
6. Kant I. Lecciones de ética, trad. Roberto González Aramayo, edición canónica, Ed. Grijalbo, Barcelona, España. 1992.
7. Sen A. Bienestar, justicia y mercado, Ed. Paidós, Barcelona, España. 1998.