

TRIBUNAL NACIONAL DE
ÉTICA MÉDICA

GACETA JURISPRUDENCIAL

ABRIL DE 2017

CONSENTIMIENTO INFORMADO

No. 29

© 2017 Tribunal Nacional de Ética médica

Calle 147 No. 19 -50 • Oficina 32
Centro Comercial Futuro
Bogotá, Colombia
Teléfonos: (571) 627 9975 - 627 9983
Fax: (571) 627 9587
Pagina Web: www.tribunalnacionaldeeticamedica.org
E - mail: trnetmed@outlook.com

ISSN 0123 - 0832

Diagramación: Giro Graphos Impresores SAS.
Preparación litográfica e impresión:
Giro Graphos Impresores SAS.
Carrera 69K No. 70 - 40 Of. 204
Teléfono: (571) 262 2518
Celular: 316 491 4886
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 está prohibido.

Artículo 41 Ley 23 de 1982

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

© 2017

ABRIL DE 2017
CONSENTIMIENTO INFORMADO
No. 29

Magistrados 2017.

Dr. Fernando Guzmán Mora (Presidente)

Dr. Germán Gamarra Hernández

Dr. Francisco Javier Henao Pérez

Dr. Gabriel Lago Barney

Dr. Juan Mendoza Vega

Asesor Jurídico

Dr. Edgar Saavedra Rojas

Abogada Secretaria

Dra. Martha Lucía Botero Castro



Confía en 4-72, el servicio de envíos de Colombia

Línea de atención al cliente:
(57 - 1) 472 2000 en Bogotá
01 8000 111 210 a nivel Nacional

.....
www.4-72.com.co

Línea de atención al Cliente Nacional: **01 8000 111 210**
Línea de atención al Cliente Bogotá: **(57-1) 419 9299**
www.4-72.com.co >

El servicio de *envíos*
de Colombia



Permiso de Tarifa Postal Reducida. Servicios Postales Nacionales S.A.
No. 2017.137.4-72, Vence 31 de Dic. de 2017

ÍNDICE

EDITORIAL. Dr. Fernando Guzmán Mora Presidente Tribunal Nacional de Ética Médica Dra. Paula Bacca G. Abogada	10
Proceso No. 314 del Tribunal de Ética Médica del Meta Magistrado Ponente Carlos Alberto Gaviria Neira Providencia No. 32-2004 Lesión cerebral por falla en oxígeno Condena	15
Proceso No. 1086 del Tribunal de Ética Médica de Bogotá Magistrado Ponente Carlos Alberto Gaviria Neira Providencia No. 06-2004 Medicinas “alternativas” Condena severa	26
Proceso No. 1706 del Tribunal de Ética Médica de Bogotá Magistrado Ponente Dr. Diego Andrés Rosselli Cock Providencia No. 51-2004 Tiroiditis de Hashimoto Revoca archivo	35

Proceso No. 584 del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca. Magistrado Ponente Dr. Efraím Otero Ruíz Providencia No. 02-2006 Absorción masiva de anestesia- Muerte Sanción- prescripción	44
Proceso No. 469 del Tribunal de Ética Médica de Caldas Magistrado Ponente Dr. Efraím Otero Ruíz Providencia No. 43 – 2007 Ignorancia de diabetes en paciente Condena	52
Proceso No. 802 del Tribunal de Ética Médica de Risaralda Magistrado Ponente Dr. Efraím Otero Ruíz Providencia No. 113 – 2010 Abandono de Sala por Anestesiología Confirma sanción	60
Proceso No. 1355 del Tribunal de Ética Médica de Bogotá Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora Providencia No. 04 - 2004 Muerte Anestésica Resolución inhibitoria	66
Proceso No. 628 del Tribunal de Ética Médica de Caldas Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora Providencia No. 15 - 2012 Abusador sexual Sanción 5 años	77
Proceso No. 104 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora Providencia No. 27 - 2003 Pseudoplástico Sanción	85

Proceso No. 2231 del Tribunal de Ética Médica de Bogotá Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora Providencia No. 28 - 2008 Cáncer gástrico, deficiencia de suturas- Muerte Lex Artis- archivo	104
Proceso No. 104 del Tribunal de Ética Médica del Tolima Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora Providencia No. 50 - 2003 Pseudoplástico Prejudicialidad	130
Proceso No. 931 - 06 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora Providencia No. 56 - 2011 Vicios del consentimiento - Cirugía plástica Apelación contra sanción	168
Proceso No. 3350 - B del Tribunal de Ética Médica de Bogotá Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora Providencia No. 50 - 2010 Lesión de vía biliar	189
Proceso No. 413 del Tribunal de Ética Médica del Meta Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora Providencia No. 71 - 2006 Tumor cerebral Causales de culpa	213
Proceso No. 1079 del Tribunal de Ética Médica de Caldas Magistrado Ponente Dr. Gabriel Lago Barney Providencia No. 30 - 2017 Ortopedia Revocatoria de sanción	237

Proceso No. 792 del Tribunal de Ética Médica del Cauca Magistrado Ponente Dr. Germán Peña Quiñones Providencia No. 120 - 2011 Biopsia de parótida – lesión cerebral Prescripción	247
Proceso No. 2090 del Tribunal de Ética Médica de Bogotá Magistrado Ponente Dra. Guillermina Schoonewolff de Loaiza Providencia No. 50 - 2008 Biopsia de seno Sanción leve	259
Proceso No. 095 del Tribunal de Ética Médica del Meta Magistrado Ponente Dr. Hernando Groot Lievano Providencia No. 06 - 1999 Abusador sexual Sanción severa	270
Procesos Acumulados No. 1262 y 1271 del Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca Magistrado Ponente Dr. Hernando Groot Lievano Providencia No. 34 – 2001 Abusador sexual- Froteurismo Sanción severa	289
Proceso No. 225 del Tribunal de Ética Médica del Meta Magistrado Ponente Dr. Juan Mendoza Vega Providencia No. 20 - 2001 Revoca providencia inhibitoria	307
Proceso No. 485 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas Magistrado Ponente Dr. Juan Mendoza Vega Providencia No. 30 - 2008 Cirugía ORL Sanción leve	313

Proceso No. 702 del Tribunal de Ética Médica del Valle Magistrado Ponente Dr. Miguel Otero Cadena Providencia No. 25 - 2007 Consentimiento ilegal Sanción	322
Proceso No. 1066 del Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca Magistrado Ponente Dr. Odilio Méndez Sandoval Providencia No. 12 - 1999 Muerte postparto sanción	330
Principios de la convivencia social en el ejercicio de la medicina Parte I. Convivencia, bien común, buena fe y deber de cuidado Dr. Fernando Guzmán Mora	340
Principios de la convivencia social en el ejercicio de la medicina Parte II. Riesgo, actividades peligrosas, principio de confianza, lex artis y consentimiento. Dr. Fernando Guzmán Mora	353
Principios de la convivencia social en el ejercicio de la medicina Parte III. Imputación objetiva, posición de garante y solidaridad Dr. Fernando Guzmán Mora	368

EDITORIAL

EL CONSENTIMIENTO TÁCITO

**Dr. Fernando Guzmán Mora, MD, MSC,
Presidente del Tribunal Nacional de Ética Médica
Dra. Paula Bacca G, Abogada**

La palabra consentimiento proviene del latín consensus “cum” “sentiré” que se considera un equivalente de asentir. Al consentir con alguien o con algo estamos ejecutando una expresión de autodeterminación ejercida por nuestra voluntad; ésto, por su puesto, suponiendo una decisión lícita, libre de vicios (error, fuerza y dolo) tomada conscientemente y con plena capacidad para hacerlo.

Podemos definirlo como la manifestación de una o más voluntades dirigidas a crear, extinguir o modificar una relación jurídica entre ellas. Los elementos indispensables para que nazca a la luz del derecho son: voluntad, capacidad, objeto, causa y por su puesto la validez.

Podemos afirmar que la relación Médico – Paciente es un negocio jurídico bilateral y oneroso en la mayoría de los casos, con una relación contractual de prestación de servicios. La naturaleza del contrato se ha confirmado en Sentencia del 5 de diciembre de 2002 del Honorable Consejo de Estado, consejero ponente Doctor Jesús María Carrillo Ballesteros, que ha dispuesto que: “Se trata de una relación médico-paciente en la cual los dos tienen que consentir en forma general para la celebración del contrato, y consentir en particular para la praxis especialmente riesgosa”. También se hace referencia en la misma sentencia a la responsabilidad que genera al afirmar que: “El consentimiento produce efectos tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual donde hay ausencia de vínculo o en la responsabilidad derivada del efecto en la ejecución de las relaciones regladas”.

En el ámbito médico existe el consentimiento informado. Se trata de un elemento estructural de la relación médico- paciente en donde el galeno se encuentra sometido al deber de información y el paciente a tomar una decisión consciente y libre de aceptar o no someterse al acto médico propuesto, basado en la comunicación que se le haya suministrado. Esta debe ser previa, clara, completa, suficiente, adecuada y real para no vulnerar su libertad. El consentimiento se presenta como uno de los elementos indispensables del contrato de prestación de servicios y como medio idóneo para la manifestación de la voluntad del paciente que ha de estar exenta de vicios y que debe contar con plena validez para evitar su nulidad. Es por esa razón que se deben tener en cuenta condiciones mínimas como: la mayoría de edad, capacidad mental, concordancia entre lo querido y lo aceptado.

La declaración de la voluntad se puede definir como la realización de un querer personal para que al exteriorizarlo produzca un efecto jurídico. Esta, debe estar exenta de vicios, lo que quiere decir que haya sido expresada libremente, sin violencia, y que no exista error o dolo que impidan su validez. Además, es indispensable para que el negocio jurídico se constituya y satisfaga los intereses privados de quien fuere a realizarlo pues es la forma en la que se expresa su autodeterminación y autorregulación, claro está, sin atentar contra el orden público y las buenas costumbres. Este punto se contempla en el Código Civil Artículo 16.” No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres.” Artículo 1519 “Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto.” Y 1523 “Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes.”

Teniendo en cuenta la importancia de la declaración de la voluntad como elemento esencial en el negocio jurídico podemos afirmar que en teoría no puede existir un consentimiento tácito en la relación médico- paciente específicamente, pues es claro que la realización de ciertos actos o el simple silencio no pueden ser tomados como una expresión de la voluntad.

En la rama del derecho comercial por ejemplo, es aceptada y necesaria la existencia de un consentimiento tácito, no solo porque una de sus fuentes principales es la costumbre, sino porque al hacer negocios se requiere una forma efectiva y eficaz para que estos se realicen de una manera rápida y concreta. Es claro que no podemos equiparar ni comparar un consentimiento tácito en materia comercial con uno como el que se nos presenta en el

consentimiento informado, porque a pesar de que hablamos sobre un contrato de prestación de servicios en la relación médico- paciente esto no quiere decir que el ejercicio de la salud se convierta en un negocio, ni el paciente en un medio pues es obvio que siempre será el fin y su voluntad debe ser expresada de tal forma que no dé pie a equivocaciones y/o interpretaciones.

La Corte Constitucional contempla el consentimiento tácito para ciertas prácticas y en determinados casos. Este punto se evalúa en la Sentencia SU 337-99 “En tal contexto, y de acuerdo a la naturaleza del asunto que la Corte debe decidir en este proceso, resulta en primer término relevante la distinción entre las terapias ordinarias, o no invasivas, las cuales tienen riesgos bajos y no afectan el curso ordinario de las actividades del enfermo, y las intervenciones médicas extraordinarias, en donde es notorio el carácter invasivo y agobiante del tratamiento en el ámbito de la autonomía del paciente. Así, es natural que el grado de información requerido en el primer caso pueda ser menor, y si bien el paciente tiene derecho a rechazar incluso esas terapias, “el hecho de no manifestarlo y de aceptar las prescripciones clínicas, es un indicio suficiente para considerar una aceptación tácita que puede bastar para que el médico proceda con su tratamiento”. Por el contrario, en las intervenciones invasivas, el deber de revelación es más exigente y la autorización por parte del paciente debe ser particularmente clara. Por consiguiente, entre más invasivo sea un tratamiento, más cualificado debe ser el consentimiento prestado por el enfermo y mayor la información que le debe ser suministrada.”

Siendo esta una actividad diferente a la comercial y teniendo en cuenta las implicaciones que tiene el tratar con la vida y dignidad de un ser humano, el médico está obligado a informar clara, completa, suficiente y adecuadamente el acto al cual el paciente bajo su cuidado estará sometido y este, así mismo, tiene el derecho a expresar su voluntad al aceptar o rechazar el tratamiento. Es por esto que es errado pensar que existe consentimiento tácito al sugerir que, si la comunicación recibida por el paciente y que lo llevara a tomar la decisión sobre su tratamiento viene por parte un tercero o algún medio diferente al médico tratante, puede tomarse como cumplida la obligación del profesional de la salud. Es igualmente incorrecto pensar que el silencio o una conducta positiva frente a la propuesta del médico son suficientes para considerarlas como la exteriorización de la decisión de un paciente, puesto que la verdadera expresión de la voluntad requiere que se haga de manera inequívoca y sin espacio a interpretaciones.

A pesar que está permitido por la legislación que el consentimiento informado pueda recibirse de forma verbal lo ideal, en cualquier caso, sería que la voluntad estuviera contenida en un documento escrito, mientras las circunstancias lo permitan, sin importar el carácter o la naturaleza del procedimiento para tener un sustento documental de llegar a presentarse futuras controversias.

Para hablar de voluntad es imperioso hacer referencia a la libertad. John Locke, filósofo Inglés, en su libro, *THE SECOND TREATISE OF GOVERNMENT*, sostiene que las personas son naturalmente libres y que su libertad es el impulso moral que se expresa a través del consentimiento.

La libertad, según Locke, existe cuando los hombres están dotados de la facultad para decidir y juzgar sobre lo que es necesario para su conservación y bienestar, extrayendo de su propia razón las normas que han de llevarlos a conducir su vida sin necesidad de la intervención de un tercero, haciéndolas independientes y solo sujetas a su parecer. “Every man is ...naturally free, and nothing being able to put him into subjection to any earthly power but only his own consent...”).

Según el autor, un ser humano se pone en estado de sujeción legítimamente, solo en virtud de un acto que haya emanado exclusivamente de su libertad. Este acto se denomina consentimiento. “Cada hombre posee la facultad o el poder de consentir en imponerse a sí mismo algún tipo de sujeción, siempre y cuando no pierda esa facultad, que es inalienable”. “Esta es la única fuente de sujeción legítima, conforme a la ley de la razón mientras cada individuo libre, y titular de los derechos que emanan de esta condición natural, está habilitado para establecer sobre sí mismo una sujeción”.

Solo un acto voluntario es libre y se ejecuta a sí mismo en virtud de un contrato, que para su realización, requiere tener la claridad suficiente no sólo para evitar nulidades, sino también, para evitar errores de hecho y derecho.

Por esto el consentimiento tácito no solo es un acto realizado a medias; también genera confusión y vacío, pues si una persona no exterioriza de forma expresa su intención no podemos equiparar los actos que ella llegase a realizar con su voluntad, debido que estaríamos suponiendo el querer de esa persona y la voluntad no es susceptible de suposiciones, declarando a este tipo de consentimiento como algo débil y sin sustento suficiente para ser tomado en cuenta. Además, no se puede desconocer que uno de los requerimientos esenciales para que el consentimiento

sea válido es que debe ser inequívoco; esto quiere decir, según la Real Academia Española, que no admite duda o equivocación; por lo tanto, no se puede deducir el consentimiento del paciente de los meros actos siendo absolutamente necesario que la persona dé a conocer su voluntad expresamente para acogerse o no al acto médico propuesto.

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: O.B.P.

Providencia No. 33-2004

Magistrado Ponente: Carlos Alberto Gaviria Neira

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 M.G.E.C., Madre del menor D.A.D.E. 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 O.B.P.

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, D.A.D.E., 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, consciente, 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 B., 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. B., 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 psíquicamente, 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 inculpado, 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. B. y de su abogado Dr. B. y se ordenan mediante despacho comisorio algunas de las solicitudes hechas por el inculpado, 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 D.A.D.E. 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. A.). (Hoja de evaluación anestésica hecha por el propio Dr. B. 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. A.S.B 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. A. suspende la intervención, e inicia maniobras de reanimación que son complementadas de manera inmediata por el Dr. B. (después de haber sido llamado por la auxiliar (quien declara a F 283 y 284) que el Dr. B. 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 rinitis (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. B. 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. M.I.C. (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. C. 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 D. 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 gingivostomatitis por Herpes 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 Dra. B. , el HTEMM realiza solicitud para establecer el estado de D. 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. J.A.L. habla de recuperación casi total “ ...Camina, corre, come. Posee lesión en el área de intringencia (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. H.C.D.L. 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 D. 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. B. 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. B. 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. B. , 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. B. 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. E.E.P.D. 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. B. 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. B. 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. B. 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 inculpado 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 B.P. 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 A.A. 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 O.B.P., 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 O.B.P., 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 refiera, en uno de sus apartes, a que el Anestesiólogo se había retirado de la sala como supuesto fundamento equivoco 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 A.A., 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 anesthesiólogo, 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 definitiva exhibidas por el Dr. O.B. 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. O.B.P., 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. O.B.P., 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 ANDRÉS ROSSELLI COCK, Magistrado; EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; LEONOR ALMEIDA FRANCO, Secretaria (Ad-Hoc).

Bogotá, febrero diez (10) del año dos mil cuatro (2004).

SALA PLENA SESIÓN No.774 DEL DIEZ (10) DE FEBRERO DEL AÑO DOS MIL CUATRO (2004).

REF: Proceso No. 1086 del Tribunal de Ética Médica de Bogotá
Denunciante: G.C.O.
Contra el doctor S.A.

Providencia No.06-2004.

Magistrado ponente. Dr. Carlos Alberto Gaviria Neira

VISTOS

Se refiere el mencionado proceso al Tribunal Nacional de Ética Médica para imponer sanción superior a los seis meses al Doctor S.A.A.de acuerdo a solicitud de investigación del actuar médico por parte del Señor G.C.R.

HECHOS

A fecha 24 de Junio de 1.999 don G.C.O. fue visto en el Centro Médico J.A.O. Citobiología Molecular de Tejidos, por el Doctor S.A.A. en calidad de experto en este tipo de tratamiento.

Refiere don G. que acudió a dicho centro con la esperanza de curarse de la Diabetes la cual padecía por espacio de cinco años, o, por lo menos de mejorar de manera substancial, ya que allí le dijeron que si bien no le garantizaban la cura total (F 12) le mejorarían la función del páncreas hasta en un 70 %.

Dice que por tal tipo de tratamiento le cobraron cerca de seis millones de pesos, de los cuales, por lo que se colige de lo consignado en el cuaderno pagó por lo menos un millón, siendo que posteriormente no regresó a la consulta.

Reclama que se sintió literalmente robado y en tal sentido argumenta en sus dos declaraciones escritas, agregando que desea se investigue al “ médico “ O.C. (F 1 y 2; F 12, 13 y 14).

Las pruebas de laboratorio llevadas a cabo en dicho centro confirman la Diabetes Mellitus y se corroboran mediante Laboratorio de la Asociación Colombiana de Diabetes. (F 8 del 24 de junio y F 3 del 26 de Julio de 1999 respectivamente).

Don G. refiere su reclamo hacia don J.A.O. ya que en el texto escrito de sus palabras no figura la persona del Doctor A. sin embargo es claro por las declaraciones posteriores, tanto del Señor O. (dueño del Centro) como del Doctor A. quien aplica las terapias alternativas, es éste último quien tiene la autoridad y la experiencia con aquellas. A más de ello don G. fue visto por otro médico quien figura como Doctor P., que le ve como médico general, y quien durante el tiempo que se registra en el cuaderno no se halla en el país ya que adelanta estudios sobre estos temas en Berlín.

Como se confirma en los documentos del c. u. no existe certificación para el señor O. que le acredite como médico ante las instancias competentes. Por otro lado, dada la autoridad del Señor O. como propietario del Centro, es probable que allí se le reconozca como Doctor, lo que de paso se confirma si se ve la fórmula a folio 4 donde se lee Dr. JAOC. El señor O. tiene grado de tecnólogo de la Universidad Central de Venezuela.

Llama la atención, por otro lado, que el Doctor A., graduado de la Universidad de Buenos Aires hacia el año 1960 y posteriormente especializado en Cirugía (1966), allí mismo, a folio 23 exhibe fotocopia de carné con RM 107 de la SSB, sin embargo, acredita su ejercicio nuevamente, y de manera formal en Octubre 13 de 2001 con el registro 79625716 de la Secretaría de Salud de Bogotá. A F 89.

Respecto de la Historia Clínica, a don G., por parte del Centro le fue ordenado de acuerdo manejo ortodoxo según clasificación del Centro JAO, consistente en Transmetil, Lopid, Amaryl, Drenabyl, Bis Bacter y Kitnos. Paralelamente recibiría tratamiento alternativo mediante oligoelementos, Cámara

Hiperbárica y Citobiología macromolecular para manejo de Insuficiencia primaria del Hígado, Insuficiencia Pancreática (Diabetes Mellitus), Gastritis Ulcerosa (*Helicobacter Pylori* (sic)) y Psicopatía incipiente.

El texto se hace impreciso en cuanto al número de terapias que don Guillermo recibió, pero difícilmente fueron menos de seis. De éstas no existe texto alguno en la HC del Centro.

El HTEMB acoge documentación pertinente y la analiza de manera suficiente y argumentada para llegar a la conclusión que motiva el estudio del cuaderno único por parte de esta sala, es decir la imposición de sanciones para el Doctor por faltas o presuntas faltas en contra de la ley de ética médica en diversos de sus artículos, específicamente 10, 12,15, 16, 34, 54.

ARTICULO 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.

ARTICULO 12. El médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas.

PARÁGRAFO: Si en circunstancias excepcionalmente graves un procedimiento experimental se ofrece como la única posibilidad de salvación, éste podrá utilizarse con la autorización del paciente o sus familiares responsables y, si fuere posible, por acuerdo en junta médica.

ARTICULO 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 psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.

ARTICULO 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.

ARTICULO 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 en los casos previstos por la Ley.

ARTICULO 54. El médico se atenderá a las disposiciones legales vigentes en el país y a las recomendaciones de la Asociación Médica Mundial, con relación a los siguientes temas:

1. Investigación biomédica en general.
2. Investigación terapéutica en humanos; aplicación de nuevas tecnologías, tanto con fines de diagnóstico, tales como biopsias cerebrales, o bien con fines terapéuticos, como es el caso de algunos tipos de cirugía cardiovascular y psico - cirugía y experimentación en psiquiatría y psicología médica y utilización de placebos.
3. Trasplante de órganos; organización y funcionamiento de bancos de órganos y tejidos, producción, utilización y procesamiento de sangre, plasma y otros tejidos.
4. Diagnósticos de muerte y práctica de necropsias.
5. Planificación familiar.
6. Aborto.
7. Inseminación artificial.
8. Esterilización humana y cambio de sexo.
9. Los demás temas de que se ocupen las disposiciones legales vigentes sobre la materia o las recomendaciones de las asambleas de la Asociación Médica Mundial.

El HTEMB es particularmente juicioso en el análisis puntual de los datos consignados en la historia clínica del Centro JAO y desmenuza lo allí consignado. Ver folios 97 a 104 y 155 a 162. De otro lado toma los

siguientes pronunciamientos del Consejo de Estado y de la Honorable Corte Constitucional, mediante estos párrafos que se transcriben a la letra:

“.. De otro lado, en Sentencia No. 12076 del Consejo de Estado, de fecha enero 24 de 2002, con ponencia del Doctor M.C.B., la Corporación se pronunció así acerca del consentimiento informado del paciente:

“.. Tratándose de la actividad médico-paciente, ésta requiere de especial cuidado y diligencia dados los riesgos particulares de cada caso, circunstancia que además impone la obligación de informar de manera completa y clara al paciente no sólo de los reglamentos del establecimiento hospitalario, o de los procedimientos que requiere, sino de las vicisitudes y eventualidades que pueden llegar a presentarse en su curso, con ocasión de o con posterioridad a la intervención, y esa obligación de información adquiere especial importancia como actitud preventiva del galeno, así como trascendencia probatoria si con posterioridad a la actuación llegare a presentarse un accidente.”

Más adelante agrega:

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

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

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

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

Ha sido la Honorable Corte Constitucional quien en Sentencia T-477/95 manifestó lo siguiente:

Dada la distancia científica que generalmente existe entre el médico y el enfermo, lo mínimo que se le puede exigir a aquél es que anticipadamente informe el paciente sobre los riesgos que corre con la operación o tratamiento o las secuelas que quedarían, con la debida prudencia, sin minimizar los resultados pero sin alarmar al enfermo en tal forma que desalentaría el tratamiento; es un equilibrio entre la discreción y la información que sólo debe apuntar a la respuesta inteligente de quien busca mejorar la salud, superar una enfermedad o mitigar el dolor. Es la existencia como libertad”.

De otra parte la misma Corporación en la Sentencia SU-337 de 1991 dijo: “ Incluso si la autonomía y la dignidad no tuvieran el rango constitucional tal elevado que ocupan, de todos modos el inevitable pluralismo ético de las sociedades modernas, que la Carta reconoce y estimula, obliga por elementales razones de prudencia, a obtener el consentimiento de la persona para todo tratamiento.

En efecto, el pluralismo implica que existen, dentro de ciertos límites, diversas formas igualmente válidas de entender y valorar en qué consiste la bondad de un determinado tratamiento médico. Omitir el consentimiento informado sería permitir que la concepción de bienestar y salud del médico se imponga a aquella del paciente, en detrimento de los propios intereses del este último y de la protección constitucional al pluralismo. Esto muestra que en las sociedades pluralistas, el requisito del consentimiento puede justificarse incluso con base en el principio de beneficencia.”

Sobre el mismo tema el Consejo de Estado en Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, se pronunció desde su competencia en un caso de responsabilidad médica por la omisión de informar al paciente los riesgos del procedimiento. Se insiste en la importancia de comentar la obligación particular y la obligación de haberla ejecutado por parte del médico.

Así las cosas y según el relato anterior este Despacho considera que existe una infracción al Artículo 16 de la ley 23 de 1981, en relación a la ausencia de Consentimiento informado por parte del señor C. a su médico tratante y responsable del mismo el Dr. A.A....”

CONSIDERANDOS Y RESULTANDOS

Como se aprecia del análisis, son exhaustivas las consideraciones que se hacen por parte del HTEMB, en lo referente a la Historia Clínica, al Consentimiento Informado y por ende a la Lex Artis de acuerdo con la ley 23 de 1981, también llama la atención de esta sala (TNEM) lo referente al tipo de medicina que se practica en el Centro JAO y por ello parece pertinente ofrecer algunas otras apreciaciones con el fin de hacer ver de la manera más clara posible que dichas terapias no son parte de Lex Artis y por lo mismo sujeto de inculpación para quien en su calidad de médico reconocido las practique, haciendo invadidos los argumentos que el Dr. A. aduce en sus descargos. (F 115- 119).

Considera esta sala los documentos que el Dr. A. adjunta y que permiten deducir que él se encuentra reconocido para practicar medicina en tanto que Lex Artis convencional. (RM 107 o registro 79625716 de la Secretaría de Salud de Bogotá. A F 89). precisamente conducen a los pronunciamientos definitivos que sobre este caso se hacen desde este magisterio.

Aún asumiendo que los documentos adjuntados por el Dr. A. probasen su idoneidad para llevar a cabo este tipo de tratamiento, ello, de ninguna manera puede ser equivalente a permitir, aceptar que los pueda llevar a cabo sin tener en cuenta la Lex Artis como médico en ejercicio en territorio colombiano.

Acepta esta sala que estas modalidades de medicina son objeto de estudios diversos con carácter científico pero, en tanto los mismos sean acogidos por la comunidad científica ortodoxa de manera inequívoca, no puede aceptarse que estas modalidades sean practicadas por médicos certificados.

Se anexa copia de artículo que hace referencia al Informe de la comisión que el Presidente Clinton citare en su momento para el 2002 sobre estos asuntos en la página WEB de acuerdo a las siguientes referencias:

(<http://govinf.library.unt.edu.whccamp/pdfs/fr2002-document.pdf> en Boozang K. M. National Policy on CAM: The White House Commission Report. Journal of Law, Medicine & Ethics, 31 (2003): 251-261), al igual

que resultados de la segunda Conferencia Científica Internacional sobre la Investigación acerca de la medicina complementaria, alternativa e integrativa, cuyas fuentes bibliográficas están disponibles en www.medscape.com Medscape Primary Care 4 (1), 2002).

De la documentación que el propio proceso contiene se verificaron por parte de esta sala algunas Ver folio 78.

Ahora bien, por cuanto existe la posibilidad del uso de medidas o medicamentos no comprobados con el rigor científico requerido, como en efecto estos folios demuestran, esta sala, como vigilante de una Lex Artis transparente por parte de quienes son reconocidos médicos en ejercicio, manifiesta preocupación por la proliferación de las mismas, ejercicio que se hace tanto por parte de médicos certificados como por parte de aquellos empíricos, con naturales repercusiones de diversa índole sobre aquellos ciudadanos que por razones varias deciden acudir de manera única, o mixta a estas modalidades.

Finalmente, si bien la medicina reconocida como alternativa o complementaria posee un reconocimiento por parte de algunos miembros de la comunidad, y que quienes no la practican deben atender a los estudios que sobre las mismas se produzcan con rigor científico, es sin duda claro que se debe exigir de los médicos reconocidos respeto por la medicina en cuanto Lex Artis aceptada en el país.

Es así, por lo mismo que las consideraciones del HTEMB se aplican en consecuencia en su totalidad incluidas las que se hacen en torno al Consentimiento Informado y algunas de sus bases jurídicas F 161-162, que sin duda aplican al caso, y por ende, esta sala menciona y acoge arriba los mencionados folios.

POR LAS ANTERIORES CONSIDERACIONES EL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MEDICA USO DE LAS ATRIBUCIONES QUE LE CONFIERE LA LEY,

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Imponer dos (2) años de suspensión en el ejercicio profesional de la medicina al Dr. S.A.A., por faltas en contra de la Ley de ética Médica en lo referente a los artículos 10, 12, 15, y 16 al igual que faltas en relación a los artículos 34 y 54. ARTICULO SEGUNDO: Compulsar copia a

la Superintendencia de Salud ya que es evidente que en este sentido el Centro JAO, en cabeza del Dr. A. posee deficiencias claras específicamente en lo que concierne al manejo de Historias Clínicas y Consentimiento Informado. ARTICULO TERCERO: COMUNIQUESE el contenido de esta decisión al Ministerio de la Protección Social, a los Tribunales Seccionales de Ética 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 decisión proceden los recursos de ley. NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Presidente; CARLOS ALBERTO GAVIRIA NEIRA, Magistrado Ponente; EFRAIM OTERO RUÍZ, Magistrado; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado; DIEGO ANDRÉS ROSSELLI COCK, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, septiembre catorce (14) del año dos mil cuatro (2004).

SALA PLENA SESIÓN No.799 DEL CATORCE (14) DE SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL CUATRO (2004).

REF: Proceso No. 1706 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá
Denunciante: H.B.G.
Denunciado: Dr. J.H.A.A.

Providencia No. 51-2004

Magistrado Ponente: Doctor DIEGO ANDRÉS ROSSELLI COCK

VISTOS

El proceso se inicia con la acción de tutela interpuesta por la señora H.B.G. contra el Instituto de Seguro Social (ISS) el 14 de junio de 2002. En dicho documento arguye graves fallas en el tratamiento recibido de manos del médico cirujano general J.H.A.A.

El Juzgado 35 Penal del Circuito, Bogotá D.C. a doce de julio de 2002 resuelve tutelar a favor de la señora H.B.G. los derechos a la vida, salud y seguridad social, vulnerados por el ISS, ordenar al Seguro Social EPS el suministro de los medicamentos que ella requiere, y compulsar copias de la actuación al Tribunal de Ética Médica de Bogotá y la Fiscalía General de la Nación para que se adelantara la investigación a que hubiera lugar respecto de la actuación del Dr. J.H.A.A.

En Sala Plena No. 383 de agosto 21 de 2002 el Tribunal de Ética Médica de Bogotá designó como Magistrado Instructor al Dr. FRANCISCO PARDO VARGAS

Luego de la respectiva investigación preliminar, el Tribunal de Ética Médica del Bogotá en Sala Plena No. 477 del 9 de junio de 2004 resuelve inhibirse de abrir investigación formal en contra del médico J.H.A.A.

El 30 de junio de 2004 la señora H.B.G. interpone recurso de reposición y en subsidio apelación.

El Tribunal de Ética Médica de Bogotá en Sala Plena No. 483 del 21 de julio de 2004 resuelve no reponer la decisión y conceder la apelación ante el Tribunal Nacional de Ética Médica.

El expediente arriba al Tribunal Nacional de Ética Médica el 23 de agosto de 2004 y en la sesión del 24 de agosto es asignado mediante sorteo al Doctor DIEGO ANDRÉS ROSSELLI COCK.

HECHOS

En el documento de tutela la señora H.B.G. describe los hechos de la siguiente manera:

Para esta fecha [9 de septiembre de 2001] tenía una cita médica con el Dr. J.H.A.A. [para el tratamiento de unas hemorroides] Al cumplir la cita médica en mención, me preguntó el Dr. J.H.A.A. qué otra enfermedad padece fuera de la de la consulta, a lo cual le respondí que tenía una tiroides Hashimoto (sic) y le presenté todos los exámenes que me habían hecho a la fecha. Entonces me preguntó el Dr. J.H.A.A. cuándo se va a realizar esta operación y yo le respondí cuando el endocrino me lo ordene, a lo cual me respondió yo soy un cirujano general y yo la saco de ese problema. Me remitió a sacar dos exámenes, uno de tórax y otro de neumología, estos resultados salieron excelentes, volví donde el Dr. J.H.A.A. ya que necesitaba una remisión para anestesiología y donde yo le pregunto ¿Esta cirugía no es peligrosa, tiene consecuencias posteriores? A lo cual me respondió, NO, NO, eso se hace por estética en las mujeres, en los hombres es otro cuento, en vista de que el Dr. J.H.A.A. me respondió con toda seguridad que NO pasaba nada ni tenía consecuencias posteriores le recibí la remisión para anestesiología.

El día 29 de octubre de 2001 a las 8:30 a.m. en sala de cirugía le pregunté por segunda vez al Dr. J.H.A.A. ¿Esta cirugía no es peligrosa tiene consecuencias posteriores? Y me respondió ya le dije que no, entonces firmé un documento que autorizaba la cirugía y el Dr. Procedió a operar.

El hecho es que yo quedé muy mal, quedé peor que lo que estaba anteriormente, ya que anteriormente no tenía ninguna dolencia a causa de esta tiroides Hashimoto (sic), y posterior a la cirugía he estado dos veces grave de muerte por encogimiento, contracción, endurecimiento de todos los tendones y músculos del cuerpo como también la pérdida paulatina de la respiración hasta casi quedar totalmente sin aire y convulsionar, piquiña, hormigueo en todo el cuerpo e hinchada y dolor en todo el cuerpo. Por tal razón me han tenido que llevar a urgencias a la Clínica San Pedro Claver y hospitalizarme dos veces. [...]

Le comenté [al Dr. J.H.A.A.] lo que me había sucedido, le reclamé con ira [...] Este medicamento para un mes tiene un costo de \$110,000 y siete meses después de la cirugía no se encuentra en ninguna farmacia del Seguro Social. Mi futuro en salud es incierto porque si me faltasen esos medicamentos el pronóstico es “muerte”. Soy una persona de bajos recursos, mi estrato residencial es estrato 1.

El Dr. R. Endocrino, que me está llevando los controles de la Clínica San Pedro Claver me dijo, óigase bien: La tiroides Hashimoto nunca se opera, se trata, también me dijo que me faltaban los ganglios, que tal vez cuando me hicieron la cirugía se enredaron con las glándulas y los sacaron.

Y en la diligencia de declaración ante el Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá agrega:

Antes de la cirugía yo le comenté que tenía como una bolita en el abdomen, pero no tocamos más el caso. Él me hizo una cruz con un marcador en ese sitio y cuando desperté de la cirugía me había intervenido en el lugar donde tenía la bolita. Después retiró los puntos y me puso dos cintas y me dijo que tuviera cuidado que no me moviera tanto.

Al revisar la copia de la historia clínica remitida por el Seguro Social es de anotar que hay varias hojas ilegibles, unas porque la impresión original era demasiado clara (p. ej.: folios 75 ó 81, o el informe de rectosigmoidoscopia folio 73); otras por letra ilegible del médico J.H.A.A. (folio 43). En el expediente falta además la fotocopia de la cuarta hoja (entre folios 7 y 8) de la queja inicial de la Sra... H.B.G.

En su declaración ante el Tribunal de Ética Médica de Bogotá el 25 de marzo de 2003 el endocrinólogo doctor C.E.R.L. confirmó el diagnóstico de

hipotiroidismo e hipoparatiroidismo primario postquirúrgico. A la pregunta de “En su experiencia cuál es el tratamiento de elección en la tiroiditis de Hashimoto” respondió:

El tratamiento usual es médico, esos pacientes responden muy bien a la terapia con tiroxina, muchos de estos pacientes mejoran bastante con el tratamiento médico. Sin embargo, algunos pacientes que presentan nódulos fríos o sospechosos de malignidad deben ser sometidos a tiroidectomía.

PREGUNTA: En su concepto ¿cómo se explica el cuadro de hipoparatiroidismo de esta paciente? CONTESTÓ: El hipoparatiroidismo postquirúrgico puede aparecer por resección de las glándulas paratiroides durante la cirugía o por trauma vascular durante el procedimiento o simplemente por la manipulación de la glándula tiroides.

En el expediente hay constancia de que el doctor J.H.A.A. no se presentó a las citaciones hechas por el Tribunal de Ética Médica de Bogotá el 27 de mayo de 2003 y, nuevamente el 26 de agosto de 2003. En su diligencia de versión libre del 23 de septiembre de 2003 el citado médico manifestó:

La paciente llegó remitida de endocrinólogo y/o médico general por masa en cuello, con previo tratamiento médico con síntomas de disfagia y disfonía. Se informó al paciente las posibilidades diagnósticas, clínicas y quirúrgicas. Al estar el paciente en una especialidad quirúrgica y ya siendo tratada anteriormente por especialidades clínicas se aclaró la posibilidad quirúrgica con pro y contras.

De hecho, se envió a evaluación anestésica y se decidió programar para una tiroidectomía total, obviamente previo consentimiento informado. Se controló el postoperatorio inmediato sin complicaciones, por terceros me informaron que la paciente presentó una hipocalcemia transitoria manejada en la Clínica San Pedro Claver. La paciente no volvió a consultar personalmente a sus controles postoperatorios [...] La paciente no volvió a ningún control ni a tener contacto conmigo y me entero de la queja del paciente por medios internos de la Clínica Carlos Lleras Restrepo. [...] Según recuerdo el paciente tenía un bacat (sic) sugestivo de ésta [tiroiditis de Hashimoto], pero ya venía manejada por la parte clínica y continuaba sintomática. Además, la paciente refería disfagia y disfonía. Además, un escaso porcentaje de tiroiditis Hashimoto se acompañan de cáncer tiroideo, todo esto se explicó al paciente y se decidió en conjunto la opción de la cirugía.

En el Informe de Conclusiones que presenta el Magistrado Instructor Dr. FRANCISCO PARDO VARGAS y que discutió en Sala Plena No. 477 el Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá el 9 de junio de 2004, dice con respecto a los Hechos:

La señora H.B.G., de 42 años de edad, fue atendida en la Clínica Carlos Lleras Restrepo por presentar una masa en el cuello que desde 4 años antes venía siendo estudiada, época en la cual una citología por punción con aguja fina había revelado hallazgos compatibles con una tiroiditis de Hashimoto y una gamagrafía previa había reportado un bocio difuso hipercaptante, pero una nueva gamagrafía, en diciembre de 2000, se encontró bocio difuso normocaptante.

En esa ocasión, julio de 1997, en Junta de Clínica de Tiroides se había decidido seguir a la paciente mediante un control seriado clínico y ecográfico. En agosto de 1998 un perfil hormonal tiroideo fue normal. Finalmente, en marzo de 2001 fue remitida al cirujano Dr. J.H.A.A. quien el 29 de octubre de 2001 practicó tiroidectomía total y herniorrafia epigástrica. La intervención, previo consentimiento informado que figura a Fl. 60 del expediente no tuvo complicaciones. El estudio histopatológico del espécimen confirmó tiroides de Hashimoto [...] Y en el Análisis de este mismo documento dice:

Resulta claro que el hipotiroidismo hipo paratiroideo que presentó esta paciente se originó en el tratamiento quirúrgico que le fue practicado para tratar el bocio nodular hipercaptante detectado 4 años antes y con exámenes complementarios que hacían sugestivo el diagnóstico de tiroiditis de Hashimoto que aparentemente no le estaba produciendo ninguna sintomatología [...]

En primer término, debe anotarse que la paciente llegó a la consulta del Dr. J.H.A.A. después de 4 años de estar siendo estudiada y tratada médicamente para el nódulo tiroideo; que le fue remitida con un diagnóstico presuntivo de tiroides de Hashimoto por parte de Endocrinólogo y de Médico General; y que la paciente fue informada detalladamente del tipo de cirugía como consecuencia de lo cual aceptó y firmó el consentimiento informado. No puede entonces considerarse como precipitada la conducta seguida por el disciplinado, aunque puede cuestionarse si la tiroidectomía fue la mejor opción en el tratamiento de este tipo de patología. [...]

Por otra parte, debe resaltarse que la relación médico paciente se mantuvo siempre en óptimas condiciones, como lo reconoce la quejosa, que al respecto

declaró textualmente: “El trato fue bueno y considerado, buena persona, me parece un buen médico, pero tuvo un pequeño error como cualquiera se puede equivocar”.

Por estas razones, el Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá resolvió inhibirse de abrir investigación formal en contra del médico J.H.A.A.

El 30 de junio de 2004, la señora H.B.G. interpone recurso de reposición y en subsidio apelación, y entre otros argumentos para motivar su inconformidad plantea:

El segundo hecho presentado en la decisión de la sala plena del tribunal no corresponde a la realidad de los hechos ya que la remisión realizada por el Dr. C.A.C., en fecha 22 de marzo de 2001 fue para PROCTOLOGÍA y no para practicar cirugía de TIROIDES HASHIMOTO, tal como se demuestra en la hoja clínica para remisión de pacientes. [...] la diligencia de versión libre y espontánea dada por el médico J.H.A.A., no se profundizó en las preguntas que él dice que el motivo de la remisión es la masa en cuello lo cual resulta falso. [...] la situación se presenta es porque el médico adelanta un tratamiento quirúrgico de una parte de mi cuerpo para lo cual no había sido remitida [...] se pone a consideración por el mismo Tribunal al cuestionarse si la tiroidectomía fue la mejor opción. Ante todo, que se me venía tratando la tiroides por más de cuatro años sin ningún problema, y al entrar en consulta con el Dr. J.H.A.A. se tocó el tema de la tiroides por lo cual yo le pregunté varias veces si la cirugía no presentaba ningún problema para mi salud y él respondió que me la hiciera y que por estética debía realizarse. Al respecto, el Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá en su sesión 483 del 21 de julio de 2004 conceptúa:

Al respecto se reafirma el Despacho en que la Sra... B. tuvo dos remisiones ocasionadas por patologías bien diferentes: La primera en interconsulta a Proctología a la Clínica San Pedro Claver, donde no laboraba el médico disciplinado, cuyo resultado fue, como ya se anotó, el de una hemorroides internas grado II en rectosigmoidoscopia por profesional diferente al Dr. J.H.A.A.; y la segunda fechada el 10 de noviembre de 1998, o sea tres años y cuatro meses antes del envío a proctología, solicitada por Cirugía Maxilofacial a Cirugía General como consta a Fl. 94 de c.u. Coincide esta remisión con el momento en que el Dr. J.H.A.A. inició el control médico de la Sra... B.

para su problema tiroideo. [...] Reiteramos que como los fundamentos y los medios probatorios que se tuvieron en cuenta para determinar la inhibición de abrir investigación tampoco han sido modificados, lógico es entender que ésta se mantendrá.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para el Tribunal Nacional de Ética Médica, con la evidencia que figura en el expediente, no es claro si la remisión efectuada por el Dr. C.A.C. en Urgencias de la Clínica San Pedro Claver el día 22 de marzo de 2001 al servicio de “Proctología o Cirugía General” con el diagnóstico de “hemorroides externa trombosada” fue la que la llevó a la consulta con el Dr. J.H.A.A., como asegura la paciente; o si llegó a donde el citado cirujano general remitida para el tratamiento de una masa en cuello, como asegura el disciplinado que era el caso.

En la cita realizada según la paciente el 9 de septiembre de 2001, en una hoja sin fecha y bajo el acápite de “resumen de datos clínicos” el Dr. J.H.A.A. anota. “Cirugía general: paciente con bocio difuso, disfonía disfagia. Además, masa en recto.” En esa cita de septiembre, al parecer la primera que cumplía la quejosa con el disciplinado, se inicia el proceso de solicitud de valoraciones y exámenes quirúrgicos que llevan a la cirugía del 31 de octubre de 2001.

Es probable que el Dr. J.H.A.A. no tuviera acceso entonces a la historia clínica completa de la Sra... H.B.G. en donde constaban las valoraciones previas, los exámenes e incluso la presentación en junta de decisiones de la Clínica de Tiroides en la que participaron los cirujanos generales del Hospital de San José, en donde se había optado por un tratamiento no quirúrgico.

La declaración inhibitoria está justificada cuando hay certeza de que el disciplinado no incurrió en actos que atentaran contra las normas de ética médica y no cuando puedan existir dudas sobre el desempeño de un médico, dudas que no se aclararon suficientemente en la investigación preliminar. En la presentación que se hace de la Providencia 09-2000 del Tribunal Nacional de Ética Médica (Magistrado Ponente Dr. Juan Mendoza-Vega), mayo 9 de 2000, publicada en la Gaceta del Tribunal Nacional de Ética Médica en el año 2002 (Volumen 6 Número 1), dice:

El objeto de la investigación disciplinaria es llegar al descubrimiento de la verdad histórica de los hechos, y por ello desde que exista una mínima duda que indique

la posibilidad de haberse presentado una infracción a la Ley de Ética Médica es deber del correspondiente Tribunal abrir el correspondiente proceso disciplinario, para que en su desarrollo se demuestre o no la existencia de infracciones a la ética y la responsabilidad que pueda caber a los implicados.

Es también sabido por este Tribunal que el tratamiento de la tiroiditis de Hashimoto normalmente no es quirúrgico, como consta – por ejemplo – en el artículo científico de la referencia¹, de una reconocida revista de Cirugía. Vale aquí explorar los fundamentos científicos que llevaron al Dr. J.H.A.A. a optar por esta forma de tratamiento.

A los argumentos anteriores debemos agregarles que, a pesar de que el consentimiento informado firmado por la paciente sugiera otra cosa, ella es enfática en decir que nunca se le comentaron las posibles complicaciones quirúrgicas del procedimiento al cual sería sometida, y que en gran medida serían previsibles.

El principio subyacente al consentimiento informado es complejo, y en todo caso el proceso no culmina con la obtención de un documento escrito, firmado por el paciente en la víspera misma del procedimiento quirúrgico, o en la antesala del quirófano. El verdadero consentimiento informado incluye una explicación pormenorizada, en un lenguaje asequible a cada paciente según su nivel de preparación y su capacidad de entendimiento, con suficiente información para que el paciente tome la decisión.

Muchos profesionales de la medicina y de otras disciplinas de la salud, así como muchos directivos del sector, parecen creer que el concepto de consentimiento informado se limita a este documento preestablecido y estereotipado, que debe llevar la firma del paciente.

Pero el término es mucho más amplio que eso: se aplica a la interacción personal del profesional directamente responsable del acto médico o, en ocasiones, de otro integrante del equipo de salud, que debe suministrar la información suficiente al paciente para que él o ella tome una decisión “informada”, que preserve sus valores y respete su autonomía. Si el paciente no está adecuadamente informado, incluyendo allí no solamente los hechos asociados con el tratamiento en cuestión, sino los riesgos tanto de la

1- Pasiaka JL. Hashimoto's disease and thyroid lymphoma: role of the surgeon. *World J Surg* 2000; 24:966-970.

intervención como de las otras opciones terapéuticas, el consentimiento no ha de ser válido, así figure la firma del paciente en el formato respectivo.

Por las declaraciones de la quejosa, da la impresión de que la información recibida fue escasa y probablemente minimizó los riesgos de la cirugía.

También considera este Tribunal que habría que profundizar en las declaraciones que hace la paciente al afirmar que en ningún momento se le solicitó el consentimiento para la intervención de su hernia epigástrica.

Por las anteriores consideraciones el Tribunal Nacional de Ética Médica en uso de las atribuciones que le confiere la ley,

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Revocar, como en efecto revoca, la resolución inhibitoria del 9 de junio de 2004, por la cual el Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá se abstuvo de abrir investigación en los hechos denunciados por la señora H.B.G. ARTICULO SEGUNDO: Ordenar la apertura de la investigación correspondiente y devolver para este efecto el expediente No.1706 al Tribunal de Ética Médica de Bogotá. NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Presidente; DIEGO ANDRÉS ROSSELLI COCK, Magistrado Ponente; CARLOS ALBERTO GAVIRIA NEIRA, Magistrado FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado; EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

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

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

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

Contra el doctor M.E.V.

Denunciante: L.E.C.M.

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

Providencia No.02-2006

Magistrado ponente: Dr. Efraím Otero Ruíz

VISTOS:

Por decisión del dos (2) de noviembre del 2005 el Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca rechazó los descargos presentados y sancionó con suspensión en el ejercicio profesional al Dr. M.E.V por violaciones a los artículos 7, 14 y 15 de la Ley 23 de 1981; además dio traslado del expediente al Tribunal Nacional de Ética 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 Ruíz.

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

HECHOS:

El 25 de julio de 2002 la señora L.E.C.M. 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 M.E.V., médico general al servicio de IPS - COMÉDICA por hechos acaecidos entre el 2 y el 7 de julio del mismo año que terminaron con la muerte de su hija K.J.R.C., 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 COMÉDICA donde fue atendida por el Dr. E.V., 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 cardio-respiratorio 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 E. y copias de las historias clínicas de COMÉDICA 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 COMÉDICA - 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 M.E.E.V. (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 COMÉDICA - 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 M.F.E.V. (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. H.V., 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 COMÉDICA y a obtener la declaración de su Director.

9. Diligencia de visita el 29 de junio de 2005 a la Clínica COMÉDICA - 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 H.O.V.C. (folios 222 y 223). A la pregunta de si “es usual en la IPS- COMÉDICA 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 COMÉDICA - 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 Ética Médica del Valle del Cauca y el proceso 179 del Tribunal Seccional de Ética 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

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.

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.

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 trascurrido 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 M.E.V., 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.

Bogotá, septiembre veinticinco (25) del año dos mil siete (2007).

SALA PLENA SESIÓN No.930 DEL VEINTICINCO (25) DE SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL SIETE (2007).

REF: Proceso No. 469 del Tribunal de Ética Médica de Caldas
Contra los Dres. J.G.C. y O.A.N.B.
Denunciante : Sra.. M.C.L.

Providencia No. 43-2007

Magistrado ponente : Dr. Efraím Otero Ruíz

VISTOS :

Por decisión del dos (2) de mayo de 2007 el Tribunal de Ética Médica de Caldas no aceptó los descargos y decidió sentenciar a los Dres. J.G.C. (cirujano) y O.A.N.B. (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.. M.C.L. 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. C.G. y N.B., 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 Ruíz.

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

HECHOS :

La Sra.. M.C.L., de 42 años, obesa (85 kg) diabética y con enfermedad varicosa de las piernas, paciente de COOMEVA - EPS, fue atendida por el Dr. C. 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 pre anestésica, a pesar de tener antecedentes personales y familiares de diabetes.

El examen histopatológico del útero extraído no mostró alteraciones especiales. Según el Dr. N., anesthesiólogo, “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. C. le dijo “que ella no se podía haber operado porque tenía el azúcar muy alta” (sic). El Dr. C. 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.. M.C.L. contra el cirujano Juan G.C.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 M.C.L. (folios 12 a 186).
3. Versión juramentada rendida el 5 de agosto de 2005 ante el Tribunal Seccional por el médico J.G.C.G. (folios 189 a 191)
4. Fotocopia de los exámenes practicados 5 días antes de la cirugía a la Sra.. M.C.L. (folios 195 a 197).
5. Fotocopia de la historia clínica enviada por la Clínica de la Presentación de la paciente M.C.L. (folios 205 a 388)
6. Versión juramentada rendida por el anestesiólogo Dr. O.A.V.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 Manjarrez I. y Felipe Marulanda Mejía como expertos en el tema (folio 404)
9. Designación como perito del Dr. Felipe Marulanda Mejía, especialista en Geriatria Clínica, el 26 de mayo de 2006 (Folio 406)
10. Cuestionario enviado por la abogada Ana María Chica R. apoderada del Dr. J.G.C. 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 J.G.C. y O.A.N.B. (folios 434 a 448).
16. Diligencia de descargos rendidos por el Dr. O.A.N.B. el 7 de noviembre de 2006 (folios 460 a 463).
17. Diligencia de descargos rendidos por el Dr. J.G.C.G. el 21 de noviembre de 2006 (folios 468 a 478).
18. Bibliografía anexada a su defensa por el Dr. J.G.C.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. J.G.C.G. del 21 de noviembre de 2006 (folios 498 a 505).
20. Fotocopia de la historia clínica de la paciente M.C.L. (que complementa a la que ya reposaba en los folios 12 a 186 y al parecer incompleta) solicitada (folio 507) por el Dr. J.G.C.G. 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. J.G.C.G. con un mes y al Dr. O.A.N. 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. J.G.C.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. O.A.N. (folios 773 a 703). A éste se anexan el poder conferido a su abogada por el Dr. A.O.N. (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. J.G.C.G. En su fallo de fondo, el mismo Tribunal acepta los descargos presentados por el Dr. C. con referencia a la vulneración del artículo 11; y los presentados por el Dr. A.O.N. 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. A.O.N. , 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. J.G.C.G. y de quince días impuesta al Dr. O.A.N.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

FDO: EFRAÍM OTERO RUÍZ, Presidente (E)- Magistrado Ponente; FERNANDO GUZMÁN 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.

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

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

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

Contra: Dr. J.E.V.F.

Denunciante: Dr. A.M.O.

Providencia No.113 -2010

Magistrado ponente Efraím Otero Ruíz.

VISTOS:

Mediante fallo de octubre 29 de 2010 el Tribunal de Ética 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 anesesiólogo Dr. J.E.V.F. 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 C.L.M., 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 Ética 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.. C.L.M. fue sometida a operación cesárea por desproporción céfalo pélvica, bajo anestesia raquídea administrada por el Dr. J.E.V. La intervención discurrió sin complicaciones.

Cuando el cirujano se disponía a cerrar el abdomen por planos, el Dr. V. 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. V. con censura escrita y pública por violación al artículo 15 de la Ley de Ética Médica: “El médico no expondrá 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. A.M.M., Gerente (E.) del Hospital Santa Mónica de Dosquebradas (folio 1) adjuntando la queja formulada por los Dres. J.C.M. (Coordinador Médico) y D.R.C. (Auditor Médico) (folio 2) sobre los hechos sucedidos el 1 de julio de 2009.
2. Ratificación juramentada de la queja del Dr. J.C.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 C.L.M. 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. J.A.M., gineco-obstetra del Hospital Santa Mónica, en que relata la intervención cesárea con ligadura tubaria practicada a la Sra.. C.L.M. el 1 de julio de 2009. Allí confirma que el anestesiólogo Dr. V. 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. J.G.B.A., quien actuó como ayudante en la cesárea mencionada en que confirma la breve ausencia del anesthesiólogo Dr. V. y cómo durante ese tiempo vino la enfermera jefa a preguntar por el Dr. V. 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 anesthesiólogo 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 anesthesiólogo Dr. J.E.V.F. 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. D.R. preguntando por el anesthesiólogo Dr. V. Al no poder dar razón de el Dr. R. obtuvo su teléfono celular de parte de la Secretaria de Cirugía. Más adelante agrega que vio regresar vestido de calle al Dr. V. 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. V. ausentarse del quirófano (Folio 52 anv. y Rev.).

8. Declaración juramentada rendida el 18 de noviembre de 2009 por el Dr. D.R.C., Auditor Médico del Hospital Santa Mónica, informando que el día de los hechos fue a buscar al Dr. V. 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. J.E.V.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. J.J.G., anesthesiólogo, 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 anesthesiólogo en caso de ausencia, aunque sí la autoriza a resolver situaciones de baja complejidad. Interrogado por la abogada del Dr. V. 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 anesthesiólogo Dr. I.A.O. 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. J.E.V.F. ante el Tribunal seccional el 13 de julio de 2010. Dichos descargos no fueron aceptados, concluyéndose que 1. El Dr. V. 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 anesthesiólogo 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 anesthesiólogo Dr. J.E.V.F. con censura escrita y pública por violación al artículo 15 de la Ley 23 de 1981 (“el médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados.”), En sus consideraciones dicho Tribunal sostiene que 1. El anesthesiólogo no puede retirarse en el período intraoperatorio sin una justificación de fuerza mayor, la

cual brilla en este proceso por su ausencia. 2. El anesthesiólogo 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 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 anesthesiólogo 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 anesthesiólogos 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 anesthesiólogo 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 anesthesiólogo. Con esto se quiere significar que el anesthesiólogo 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 transgresión ética de mera conducta.

Consideramos que la sanción impuesta al doctor J.E.V.F., 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. J.E.V.F 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; GERMÁN PEÑA QUIÑONES; Magistrado, JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado, EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria

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

SALA PLENA SESIÓN 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 L.A.G.F.

Providencia No.04-04

Magistrado ponente: Doctor FERNANDO GUZMÁN MORA

VISTOS

El 14 de Marzo de 2001, la señora E.U., interpuso denuncia ante este Tribunal contra MÉDICOS 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 G.A.S.E.. Se concreta la misma en que G.A. 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 CLÍNICA 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 CLÍNICA PARTENÓN, sin embargo en el trayecto el paciente presentó dos paros cardio-respiratorio 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 Ética Médica de Bogotá decide inhibirse de abrir investigación formal en contra del médico doctor L.A.G.F. y procede a admitir el recurso de apelación por ante este Tribunal Nacional de Ética Médica.

Correspondió por sorteo al Magistrado Fernando Guzmán Mora.

HECHOS:

El paciente G.A.S.U. (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 hacía 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 cardíaca 80 por minuto, FR 20, ruidos cardíacos 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, retractarías 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 CLÍNICA 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., G.A. 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 E.U., contra MÉDICOS 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 E.L.U.N.. Folios 1 y 2 del c.u.
2. Fotocopia de la historia clínica del paciente G.A.S.U., 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 E.L.U.N. quien en forma pormenorizada relató la atención médica que le fue dispensada a su hijo y explicó los antecedentes del joven G.A. 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. L.A.G.F., 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 G.A.S.U., 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. L.A.G.F. 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 CLÍNICA PATERNÓN.

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 G.A. se debió aun 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 estatus 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 G.A., sin embargo es pertinente aclarar que ninguna responsabilidad puede achacársele al médico disciplinado en el presente caso, DR. G.F. y por tal razón se proferirá Resolución Inhibitoria

EL RECURSO DE APELACIÓN

La denunciante, E.L.U.N., 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 dió 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 G. 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 G. 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 GARANTÍA 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 anesthesiólogo 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 Ética 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 GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente; DIEGO ANDRÉS ROSSELLI COCK, Magistrado; EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado; CARLOS ALBERTO GAVIRIA NEIRA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO; Secretaria.

Bogotá, marzo seis (06) del año dos mil doce (2012).

SALA PLENA SESIÓN No. 1122 DEL SEIS (06) DE MARZO DEL AÑO DOS MIL DOCE (2012)

REF: Proceso No. 628 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas
Contra: Doctor J.G.M.S.G.

Denunciante: Sra.. D.A.F.O.

Asunto: IMPOSICIÓN DE SANCIÓN SUPERIOR A SEIS MESES
DE SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DE LA MEDICINA.

Providencia No. 15-2012

Magistrado Ponente. Dr. Fernando Guzmán Mora

VISTOS

El 31 de Enero de 2012, la Sala Plena del tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas decidió no aceptar los descargos presentados por el doctor J.G.M.S.G., identificado con Cédula de Ciudadanía Número ... de Manizales y Registro Médico Número ... del Servicio de Salud de Caldas, por violación a los artículos 1 (numeral 9) y 42 de la Ley 23 de 1981. En consecuencia decidió aplicar sanción consistente en suspensión mayor a seis meses en el ejercicio de la medicina y, para tales efectos, remitió el expediente al Tribunal Nacional de Ética Médica por competencia para imponer este tipo de sanciones.

El cuaderno que contiene el proceso fue recibido por este tribunal nacional el 10 de febrero de 2012 y, puesto para reparto, correspondió por sorteo al Magistrado Doctor FERNANDO GUZMÁN MORA, quien procede a resolver el caso con base en los siguientes

HECHOS

El día 11 de Marzo de 2008 se recibió en el Tribunal seccional de Ética médica de Caldas oficio de la Personería de Marquetalia (Caldas) por queja impetrada por la señora D.A.F.O., quien refiere que el 2 de Marzo de 2008 consultó al servicio de urgencias del Hospital San Cayetano de Marquetalia (Caldas) por cuadro de dificultad respiratoria que fue inicialmente atendida por una doctora de turno y luego remitida al doctor J.G.M.S.G., quien le ordenó retirarse toda la ropa y procedió a examinarle los senos y efectuarle un tacto vaginal, para posteriormente girarle el cuerpo e introducirle el pene en su vagina, ante lo cual ella no pudo hacer nada, pues se encontraba físicamente muy débil. Además noto un fuerte aliento alcohólico en la respiración del médico.

Cuando sintió que tocaban a la puerta del consultorio, el médico S. le dijo que tenía un flujo vaginal y que volviera en unos días para otro examen. Atemorizada por lo acontecido, no comentó el hecho con nadie hasta tres días después, cuando reveló la situación a sus hijos. Juntos fueron a colocar la queja ante el director del Hospital, quien manifestó que sospechaba que hubiese ocurrido algo extraño, pues la enfermera había contado que encontró a la paciente en una camilla, en posición no adecuada para examen de algún problema respiratorio.

Se llevó la queja ante el Tribunal seccional de ética Médica a través de la Personería Municipal y ratificó la queja el 6 de agosto de 2008.

En el tribunal seccional se recibieron los testimonios de las siguientes personas:

- Y.M.R. Auxiliar de enfermería de turno en el momento de los hechos.
- Y.U. Médica general de turno en ese momento
- L.G.B.. Médico gerente del Hospital San Cayetano de Marquetalia.

La citación del doctor G.M.S.G. fue particularmente difícil, hasta el extremo de tener que emplazarlo por medio de la prensa local para su comparecencia. El tribunal de primera instancia tuvo oportunidad de analizar la personalidad de los implicados en el presente proceso y describe a la quejosa como “una señora de la tercera edad, centrada, lógica, lúcida y con la humildad brotando a flor de piel, sin ningún otro interés mas que el de poner en conocimiento de

este tribunal los atropellos de que fue víctima por parte del doctor J.G.M.S.; incluso temerosa y con vergüenza de contar el penoso y bochornoso episodio por el que le tocó pasar por asistir a una consulta médica”.

Respecto del doctor S., lo describen con una conducta displicente, poco clara y que genera muchas dudas. Sin un domicilio fijo, negando haber sido procesado por hechos similares en años anteriores, lo cual contrasta con la verdad, pues había sido juzgado y sancionado por el Tribunal seccional de Ética médica de Caldas y confirmada la sanción por el Tribunal Nacional de Ética Médica en el año de 1994.

Valga anotar aquí que, revisados los procesos en el Tribunal Nacional, se encontró otra sanción grave (suspensión en el ejercicio de la medicina por espacio de cinco años) en el año 2003, como consta en la providencia 17 de ese año, con ponencia del mismo magistrado a quien hoy correspondió por sorteo el presente caso.

El tribunal seccional añade en su análisis, que las declaraciones inicial y de ratificación de la queja, a pesar de haberse practicado con cinco meses de diferencia, no presentan incongruencias y que la paciente se sometió incluso a un examen ginecológico posterior a los hechos, lo cual desafortunadamente no contribuyó a demostrar la violación sexual de la que relata fue objeto, por haber pasado mucho tiempo de la misma.

El aliento alcohólico del médico fue ratificado por la auxiliar de enfermería YOLANDA MUÑOZ y por la doctora Y.U., quien confirmó que con frecuencia se presentaba a trabajar en estado de embriaguez y que hechos similares habían sucedido con otra paciente, quien no se atrevió a colocar una queja formal en su contra.

Por lo demás, en una declaración francamente falsa, advierte que jamás había sido sancionado por hechos similares, incluso poniéndole de presente los antecedentes de procesos en el mismo tribunal seccional, con confirmación de la sanción por el Tribunal Nacional de Ética Médica.

El gerente del Hospital, doctor LISANDRO GIRALDO BETANCURT, declara que el doctor S.G. había presentado problemas previos de alcoholismo en sus horas laborales y que lo agredió físicamente cuando se acercó a averiguar sobre los hechos denunciados en el presente proceso.

Por lo anterior el Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas decide elevar pliego de cargos en contra del doctor J.G.M.S.G, quien presenta renuencia a asistir a la notificación, motivo por el cual se solicita el nombramiento de un defensor de oficio, en este caso la señorita V.C.M., estudiante de octavo semestre de la Facultad de derecho de la Universidad de Caldas, quien procede a cumplir a cabalidad con su trabajo e intenta desvirtuar los cargos en contra de su defendido de oficio de manera muy juiciosa.

A pesar de su empeño, la estudiante de derecho no logra desvirtuar los cargos endilgados y el Tribunal Seccional decide sancionar al médico S.G. con suspensión en el ejercicio de la medicina por espacio superior a los seis meses, sanción que corresponde por ley imponer al Tribunal Nacional de Ética médica, el cual se convierte entonces en primera instancia del proceso en cuestión.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA.

I- LOS ANTECEDENTES DISCIPLINARIOS DEL MÉDICO J.G.M.S.G.

En sala plena No 738 del Tribunal Nacional de ética Médica, efectuada el 8 de abril de 2003 (Providencia 17 de 2003), se decidió sancionar al acusado con suspensión en el ejercicio de la medicina por espacio de cinco años, por hechos ocurridos en contra de la paciente S.M.G.Z. a quien mostró conducta indecente y tocamientos impropios de un médico, a pesar de encontrarse la señora en estado de embarazo. En ese momento el ciudadano médico S.G. trabajaba en dependencias de la Caja Nacional de Previsión de Caldas.

El Doctor Edgar Hoyos Díaz, Jefe de la División de Salud de la Caja Nacional de Previsión (Cajanal EPS) remitió oficio a la Doctora Olga Lucía Mejía, gerente de la IPS Salud Eje Cafetero, en donde menciona que su división ha recibido quejas verbales en contra del doctor S.G. cuando prestaba sus servicios en el Hospital Santa Sofía y una investigación disciplinaria por hechos semejantes en época pretérita, cuando se encontraba vinculado laboralmente a la planta de personal de Cajanal.

II- DELITOS SEXUALES EN EL ACTO MÉDICO

Una de las situaciones más delicadas y denigrantes para la profesión médica es la producida cuando un profesional, abusando de su posición de autoridad y dominancia sobre un paciente, resquebraja la confianza del mismo y

manipula su cuerpo y su mente para obtener alguna forma de acercamiento sexual con quien se encuentra en franca posición de desventaja frente a su agresor, en este caso un médico delincuente.

Porque no solamente se transgrede la barrera de su pudor, sino que se irrumpe en lo más sagrado de una persona: Su intimidad.

Intimidad es la parte interior que solamente cada uno conoce de sí mismo. Es el máximo grado de inmanencia, es decir, aquello que se almacena en el interior. Lo íntimo está protegido por el sentimiento del pudor. Por su parte, en la expresión de la intimidad se colocan en juego la capacidad de dar y la posibilidad de dialogar con otra intimidad diferente. La capacidad de dar consiste en entregar algo de la intimidad y lograr que otra persona lo reciba como propio. Esta expresión se obtiene a través del lenguaje, el cual puede ser verbal, corporal y expresivo. El hombre necesita expresarse con los demás.

La dignidad humana, dentro de la esfera de lo social, se garantiza en la medida en que se tenga la posibilidad de conservar su privacidad, entendida como aquel fuero interno que sólo puede interesar al ser humano como individuo o dentro de un contexto reducido de personas que en últimas está determinada por el consentimiento de quien es depositario de su existencia. El diccionario de la Real Academia define intimidad como “zona espiritual, íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia.” Esta zona reservada de la persona humana y de la familia la protege en forma clara el artículo citado al prescribir que “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar”.

La vida privada está constituida por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por éstos puede molestarla moralmente por afectar su pudor o su recato a menos que esa misma persona asienta a ese conocimiento.

La Corte Constitucional, mediante el fallo T-413-93, sobre el derecho a la intimidad, a propósito de la violación de reserva de la Historia Clínica, manifestó lo siguiente:

“El derecho a la intimidad, inicialmente, se concreta, en la vida social de los individuos, en el derecho a estar solo. Sin importar el lugar en que la persona se encuentre, nadie puede imponerle su compañía y ser testigo de su vida íntima o inmiscuirse en ella; en este ámbito privado, el ser humano ejerce la libertad (artículo 13 de la Constitución) y se hace protagonista de su propio destino, al decidir y realizar libremente el desarrollo de su personalidad, “sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.” (Artículo 16 de la carta).”

En la sentencia T-261 de 1995, la Corte Constitucional expresó:

“Este terreno –se refiere al de la intimidad- no puede ser invadido por los demás miembros de la comunidad a la que se integran la persona o la familia, ni por el Estado. Aún dentro de la familia, cada uno de sus componentes tiene derecho a demandar a los demás el respeto a su identidad y privacidad personal.”

Para Olano García la intimidad es: “un derecho que se proyecta en dos dimensiones a saber: Como secreto de la vida privada y libertad. Concebida como secreto, atentan contra ella todas aquellas divulgaciones ilegítimas de hechos propios de la vida privada o familiar o las investigaciones también ilegítimas de hechos propios de la vida privada. Concebida como libertad individual, en cambio, trasciende y se realiza en el derecho de toda persona de tomar por sí sola decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada. Es claro que los atentados contra la intimidad pueden entonces provenir tanto de los particulares como del Estado. Se ha creído necesario proteger la intimidad como una forma de asegurar la paz y tranquilidad que exige el desarrollo físico, intelectual y moral de las personas, vale decir, como un derecho de la personalidad.”

Intimidad es, entonces, el ser interior cuyo conocimiento es patrimonio de la persona misma. Es el grado máximo de inmanencia, es decir, lo que se guarda y permanece en el interior.

La intimidad es el santuario de lo humano. Es algo que solamente pertenece a quien lo posee. Esta intimidad puede manifestarse o revelarse ante otros individuos. Es decir, tiene la posibilidad de mostrar a otro algo de lo que la persona lleva en sí misma. Se encuentra fuertemente protegida por el sentimiento de vergüenza o pudor. Este se hace manifiesto cuando la intimidad propia se descubre sin el consentimiento de la persona.

“...la intimidad es... elemento esencial de la personalidad y como tal tiene una conexión inescindible con la dignidad humana. En consecuencia, ontológicamente es parte esencial del ser humano. Sólo puede ser objeto de limitaciones en guarda de un verdadero interés general que responda a los presupuestos establecidos por el artículo 1 de la Constitución. No basta, pues, con la simple y genérica proclamación de su necesidad: es necesario que ella responda a los principios y valores fundamentales de la nueva Constitución entre los cuales, como es sabido, aparece en primer término el respeto a la dignidad humana.” (Corte Constitucional, Sentencia T-022 de 1993, M.P. Dr. Ciro Angarita Barón)

Por lo anterior, nada puede ser mas violatorio de la inmanencia humana que la intromisión indebida en la intimidad de la persona. Es invadir lo más interno y sagrado de la persona.

La posición del médico que delinque en este sentido, es similar a la de cualquiera en posición de garante que abusa de condición: El confesor que accede sexualmente a los menores de edad; el jefe laboral que acosa sexualmente a sus dependientes, el padre de familia que abusa de su hija; en fin, cualquiera de este grupo de verdaderos sociópatas que pululan en nuestra sociedad.

III - EL PRESENTE CASO

No queda la menor duda de la conducta antiética, dolosa y francamente vergonzosa del médico J.G.M.S.G. respecto de la paciente que denunció el caso en su contra.

S.G. es un infractor persistente en sus conductas y por las que ha sido acusado en numerosas ocasiones y condenado en otras tantas.

En este individuo no han surtido efecto las sanciones que le han sido impuestas y hace quedar a la Justicia como rey de burlas ante sus conductas. Por lo anterior, se deben compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación, para que investigue lo pertinente y tome las medidas que el caso requiera.

Pero dejar en libertad de acción a un individuo como este constituiría una irresponsabilidad social, profesional y ética. Por lo tanto, se enviarán los expedientes respectivos ante el ente acusador, denunciando sus actos. Cada paciente que llegue a su consulta es una potencial víctima de abusos.

Lo único que podemos hacer como Tribunal de Ética Médica, es condenarlo a la máxima sanción que la ley nos permite imponer: suspensión en el ejercicio de la medicina por espacio de cinco años, lamentando que en casos como este no exista el retiro definitivo de la licencia de médico, lo cual protegería a la sociedad de manera mas eficiente.

Son suficientes las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética médica, en uso de las atribuciones que le confiere la Ley

RESUELVA

ARTICULO PRIMERO. Imponer al ciudadano de profesión médico J.G.M.S.G, identificado con Cédula de Ciudadanía número de ...y Registro Médico Número ... del Servicio de Salud de Caldas, la sanción de SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DE LA MEDICINA POR ESPACIO DE CINCO (05) AÑOS, contados a partir de la fecha de ejecutoria de esta providencia, por violación a los artículos 1 (numeral 9) y 42 de la Ley 23 de 1981. ARTICULO SEGUNDO. Compulsar copias a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN para que se tomen las medidas que considere convenientes. ARTICULO TERCERO. En contra de esta resolución son procedentes los recursos de reposición para ante el Tribunal Nacional, dentro de los treinta días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la sanción, o el subsidiario de apelación para ante el Ministerio de la Protección Social, dentro del mismo término. ARTÍCULO CUARTO- Una vez en firme la presente providencia, comuníquese el contenido de esta decisión al Ministerio de la Protección Social, a los Tribunales de Ética Médica y a la Federación Médica Colombiana para que sea fijada en lugares visibles de conformidad con lo establecido en el artículo 53 del decreto 3380 de 1981. NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado -Presidente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente; EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado; LILIAN TORREGROSA ALMONACID, Magistrada; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria

Bogotá D. C., Junio diez (10) del año dos mil tres (2003).

SALA PLENA SESIÓN No. 746 DEL DIEZ (10) DE JUNIO DEL AÑO DOS MIL TRES (2003).

REF: Proceso disciplinario ético-profesional No. 104 Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima
Denunciante: L.R.DELP.B.P.
Denunciado: Doctor C.E.M.C.

PROVIDENCIA No. 27-03

Magistrado Ponente: Doctor FERNANDO GUZMÁN MORA

1- ANTECEDENTES

HECHOS

La señora L.R.DELP.B.P. presentó queja ante el Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima el día 16 de Febrero de 2000, en contra del Doctor C.E.M.C. , a quien acudió para ser intervenida por cuadro de lipodistrofia, sometiéndose a la intervención de lipectomía el 7 de Agosto de 1999, en el Centro de Medicina Biológica y estética de la ciudad de Ibagué.

Dicha intervención se llevó a cabo, de acuerdo con el relato de quienes en ella participaron, sin complicaciones de ninguna clase. Debido a la insatisfacción con los resultados, la paciente vuelve a ser intervenida por el médico general en cuestión y un nuevo galeno, el Doctor G.R., de quien se hablará más adelante.

La paciente en su denuncia afirma varias cosas:

- a- No hubo elaboración de historia clínica cuidadosa.
- b- No se tuvieron en cuenta antecedentes de enfermedades anteriores en la misma.
- c- El quirófano en donde fue intervenida no era apropiado como sala de cirugía.
- d- No tenía los elementos básicos para atención de pacientes en caso de complicaciones.
- e- La anestesia local administrada fue insuficiente y el procedimiento fue insoportablemente doloroso.
- f- Los controles postoperatorios fueron inadecuados.
- g- El cirujano fue ayudado en una segunda intervención (retoque) por un médico extranjero.
- h- La instrumentadora no se encontraba capacitada para el desempeño de sus funciones.
- i- Se encuentra insatisfecha con el resultado, el cual fue “garantizado”.
- j- “Descubrió” que el Doctor C.E.M.C. no es cirujano plástico calificado.
- k- Pidió concepto al cirujano plástico A.P.N, quien le expresó (de acuerdo con lo declarado por la paciente), que la cirugía no había sido efectuada de manera correcta.

PRETENSIONES

- a- Que se investigue si la conducta del Doctor C.E.M.C. constituye una transgresión a las normas de Ética Médica vigentes en el país.

2- ACTUACIÓN PROCESAL

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima recibió la queja y la radicó, continuando con el reparto, el cual correspondió al Magistrado Doctor Jairo López Herrán, quien procedió a la instrucción e investigación de la denuncia.

A partir del 24 de Febrero de 2000, se procedió a recolectar las pruebas, entre las que se cuentan:

- a- PRUEBAS TESTIMONIALES. 7 pruebas
- b- DILIGENCIA DE VERSION LIBRE Y ESPONTANEA CON AMPLIACIÓN: 2 Pruebas
- c- PRUEBAS DOCUMENTALES: 12 pruebas
- d- VISITAS ESPECIALES ADMINISTRATIVAS: 2 pruebas
- e- PRUEBAS PERICIALES 2 pruebas

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima, de manera muy cuidadosa, tomó la declaración ratificatoria de la quejosa y practicó una visita administrativa al Centro de Medicina Biológica y Estética, encontrando algunos cuartos utilizados como consultorios y un cubículo adaptado como quirófano. La inspección de la historia clínica de la quejosa no es posible efectuarla, porque de acuerdo con el médico C.E.M.C. , las historias clínicas quirúrgicas se encuentran bajo llave y se hallan bajo el cuidado del Doctor G.R., de quien se afirma tiene múltiples nacionalidades y, como se ve más adelante en el proceso, es imposible llevar a declaratoria, porque se encuentra viajando de manera permanente.

De otro lado, la licencia de ese centro médico no se exhibe en el momento de la visita y se dice que se encuentra en trámite. Como se verá más adelante, existen al respecto varias incongruencias.

Curiosa anotación debe hacerse respecto de la licencia de funcionamiento de ese Centro Médico, pues es de notar que en documento de la Secretaría de Salud de ese Departamento, informan que no tiene licencia para efectuar procedimientos quirúrgicos. Sin embargo, pasados algunos días, se allega una rectificación de esa Secretaría, en donde dicen que existió una equivocación, pues en los papeles de solicitud sí habían incluido el permiso para este tipo de actos médicos. De cualquier forma, la licencia no era efectiva, por cuanto no se había aprobado para tal efecto en ese momento procesal.

De igual manera, frente a la afirmación del doctor C.E.M.C., de haber sido amenazado en su integridad física, motivo por el cual debió contratarlos servicios de protección de la empresa de seguridad Las Águilas, en un documento de la mencionada entidad afirman enfáticamente que no se ha prestado el servicio y que no conocen al doctor C.E.M.C. Curiosamente, de nuevo, en nuevo documento rectifican e informan que se equivocaron,

porque el doctor C.E.M.C. sí es cliente de esa institución y sí se le prestaron los servicios de protección personal.

Asumiendo que ambos funcionarios, tanto público como privado, actuaron de buena fe, llaman la atención las equivocaciones tan protuberantes en ambas entidades, lo que nos hace pensar que la forma de archivo y la memoria de los funcionarios frente a ambas dependencias es bastante pobre, dentro de lo que puede catalogarse como una curiosa coincidencia.

La prueba de reconocimiento de la paciente quejosa, es efectuada por la seccional respectiva del Instituto de Medicina Legal, cuyo informe enuncia que no se hallan serias deformidades en la estética corporal de la paciente, ni secuelas graves para la salud de la misma.

La Historia clínica de la paciente L.R.DEL.P.B.P. presenta notorias deficiencias. La paciente afirma de manera categórica que no vio ninguna toma escrita o grabada de la historia clínica. Que no se tuvieron en cuenta sus antecedentes.

De la misma manera, se encuentran inconsistencias graves en los datos de historia clínica, en donde no hay coincidencia de fechas, de datos de la paciente, de cifras numéricas tan importantes como el peso de la enferma, con diferencias de más de diez kilogramos. Adicionalmente hay enmendaduras, errores de fechas, falta de anotaciones importantes como la segunda intervención practicada

Existen además algunos hechos de notoria gravedad, como las afirmaciones contradictorias del Dr. C.E.M.C. respecto de la entrega de originales de la historia clínica, la acusación al tribunal de haber sido muy poco cuidadoso con esas copias y la incongruencia respecto de dos versiones de la historia con datos cambiados y alterados.

Para completar la confusión, el Doctor C.E.M.C. afirma que, en la segunda intervención, el misterioso Doctor G.R. solamente entró a conversar con quien oficiaba como cirujano plástico (El Doctor C.E.M.C.) y que no tocó a la paciente. Esto se encuentra en contravía con lo registrado en la historia clínica, en donde se halla una nota operatoria que registra al mencionado doctor G.R. como participante activo del caso.

Y, respecto del consentimiento informado, la paciente afirma que no recuerda haberlo firmado. Ante esto, el acusado allega copia del mismo al proceso

con una firma bastante alterada que, en concepto grafológico posterior, se determina como perteneciente a la paciente B.P..

Lo que sí es claro, tanto por testimonios de los médicos como del personal administrativo de ese Centro Médico, es que al momento de la firma la paciente se encontraba bajo efectos de medicación sedante con ativán. Esto aparece probado en los folios 59, 82 y 83. A su vez, existen contradicciones evidentes respecto de las afirmaciones del acusado, como lo muestra el folio 90 en lo relativo al momento de firma del consentimiento.

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima decide entonces abrir pliego de cargos contra el doctor C.E.M.C. , identificado con la cédula de ciudadanía... de Ibagué y Registro Médico ...del..., por presunta violación a los artículos 15, 34 y 35 de la Ley 23 de 1981, en consonancia con los artículos 1, 3 y 5 de la Resolución 1995 de 1999 del Ministerio de Salud Pública de Colombia.

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

***Artículo 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.*

***Artículo 35.** En las entidades del Sistema Nacional de Salud la historia clínica estará ceñida a los modelos implantados por el Ministerio de Salud.*

RESOLUCIÓN 1995 DE 1999 DEL MINISTERIO DE SALUD:

ARTICULO 1. DEFINICIONES.

***a.** La Historia Clínica es un documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención. Dicho documento únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley.*

b. Estado de salud: *El estado de salud del paciente se registra en los datos e informes acerca de la condición somática, psíquica, social, cultural, económica y medioambiental que pueden incidir en la salud del usuario.*

c. Equipo de Salud. *Son los Profesionales, Técnicos y Auxiliares del área de la salud que realizan la atención clínico asistencial directa del Usuario y los Auditores Médicos de Aseguradoras y Prestadores responsables de la evaluación de la calidad del servicio brindado.*

d. Historia Clínica para efectos archivísticos: *Se entiende como el expediente conformado por el conjunto de documentos en los que se efectúa el registro obligatorio del estado de salud, los actos médicos y demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en la atención de un paciente, el cual también tiene el carácter de reservado.*

e. Archivo de Gestión: *Es aquel donde reposan las Historias Clínicas de los Usuarios activos y de los que no han utilizado el servicio durante los cinco años siguientes a la última atención.*

f. Archivo Central: *Es aquel donde reposan las Historias Clínicas de los Usuarios que no volvieron a usar los servicios de atención en salud del prestador, transcurridos 5 años desde la última atención.*

g. Archivo Histórico. *Es aquel al cual se transfieren las Historias Clínicas que por su valor científico, histórico o cultural, deben ser conservadas permanentemente.*

ARTÍCULO 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

Las disposiciones de la presente resolución serán de obligatorio cumplimiento para todos los prestadores de servicios de salud y demás personas naturales o jurídicas que se relacionen con la atención en salud.

ARTÍCULO 3. CARACTERÍSTICAS DE LA HISTORIA CLÍNICA.

Las características básicas son:

Integralidad: La historia clínica de un usuario debe reunir la información de los aspectos científicos, técnicos y administrativos relativos a la atención en salud en las fases de fomento, promoción de la salud, prevención específica, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, abordándolo como un todo en sus

aspectos biológico, psicológico y social, e interrelacionado con sus dimensiones personal, familiar y comunitaria.

Secuencialidad: Los registros de la prestación de los servicios en salud deben consignarse en la secuencia cronológica en que ocurrió la atención. Desde el punto de vista archivístico la historia clínica es un expediente que de manera cronológica debe acumular documentos relativos a la prestación de servicios de salud brindados al usuario.

Racionalidad científica: Para los efectos de la presente resolución, es la aplicación de criterios científicos en el diligenciamiento y registro de las acciones en salud brindadas a un usuario, de modo que evidencie en forma lógica, clara y completa, el procedimiento que se realizó en la investigación de las condiciones de salud del paciente, diagnóstico y plan de manejo.

Disponibilidad: Es la posibilidad de utilizar la historia clínica en el momento en que se necesita, con las limitaciones que impone la Ley.

Oportunidad: Es el diligenciamiento de los registros de atención de la historia clínica, simultánea o inmediatamente después de que ocurre la prestación del servicio.

ARTÍCULO 4. OBLIGATORIEDAD DEL REGISTRO.

Los profesionales, técnicos y auxiliares que intervienen directamente en la atención a un usuario, tienen la obligación de registrar sus observaciones, conceptos, decisiones y resultados de las acciones en salud desarrolladas, conforme a las características señaladas en la presente resolución.

ARTÍCULO 5. GENERALIDADES.

La Historia Clínica debe diligenciarse en forma clara, legible, sin tachones, enmendaduras, intercalaciones, sin dejar espacios en blanco y sin utilizar siglas. Cada anotación debe llevar la fecha y hora en la que se realiza, con el nombre completo y firma del autor de la misma.

Luego tienen lugar multitud de actos procesales, solicitudes periódicas de copias del proceso, inasistencia del acusado y su apoderado a diligencias de descargos, inasistencia de los mismos a interrogatorio de testigos por ellos mismos solicitados, peticiones de nulidad procesal, presentación de excusas

médicas aparentemente justificadas, excusas por estar el apoderado en otros procesos, nuevas solicitudes de pruebas, contestación de derechos de petición del apoderado, en fin, al revisar el proceso queda la clara impresión de un actitud evasiva por parte del acusado y su apoderado, quienes siguiendo los lineamientos de la norma procesal, hacen todo lo posible por dilatar el proceso. Y, ante esto, cabe preguntarse si realmente todo lo estrictamente legal corresponde a lo que en realidad es justo. La tan aplazada diligencia de descargos tiene por fin lugar y el procesado no aporta nuevos elementos que permitan inclinar las pruebas y los hechos a su favor.

Por este motivo, el Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima, resuelve imponer sanción al Dr C.E.M.C., consistente en suspensión del ejercicio profesional por más de seis meses, motivo por el cual llega el proceso al Tribunal Nacional de Ética Médica, para la imposición de dicha sanción.

3- CONSIDERACIONES

A- COMPETENCIA

Este Tribunal Nacional es competente para conocer de este proceso y la respectiva sanción, porque de acuerdo con la Ley 23 de 1981:

Artículo 83. A juicio del tribunal ético 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 meses;

d) Suspensión en el ejercicio de la medicina, hasta por cinco años.

Artículo 84. El tribunal seccional ético 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.

B- FUNDAMENTOS MÉDICOS

• LA CIRUGÍA PLÁSTICA

Hace casi 400 años que el ilustre Gaspare Tagliacozzi planteó una de las mejores definiciones de la especialidad:

“[...] Nosotros restauramos, reparamos y hacemos partes enteras que nos ha dado la naturaleza, pero la mala suerte ha hecho perder. Generalmente no lo logramos hasta el punto que se deleite la vista, pero si que pueda levantar el espíritu y ayudar a la mente del afligido [...]”

Según palabras del profesor Felipe Coiffman, editor del libro de cirugía plástica más importante que se haya escrito en lengua española: “es la especialidad quirúrgica que trata de la reconstrucción funcional y estética de los tejidos [...]”

La cirugía plástica es, por lo tanto, una extensa rama del ejercicio médico, a la cual acuden multitud de pacientes de todo tipo, entre los cuales se incluyen los que poseen grandes expectativas, los amigos de la moda corporal, los exigentes, los indecisos, los inmaduros, los que consultan con desaprobación familiar o forzados por ella, los que tienen problemas psicológicos para aceptar su propio cuerpo, los ‘adictos’ a la cirugía y los verdaderamente deformes. Todos ellos constituyen una potencial fuente de demandas legales.

Pero la pregunta decisiva es: Aunque no se encuentre reglamentado aún por la Ley el ejercicio de la cirugía plástica como especialidad: Puede considerarse que un médico general sin la calificación esencial de haber practicado estudios de postgrado que en medicina se denominan “Residencias de especialidad”, se encuentra capacitado para acceder al tratamiento quirúrgico de un área tan delicada como la apariencia humana? Es obvio que no. Y quienes piensan que pueden ejercer en un campo especializado como este, no deben olvidar que, si bien el juez debe atenerse a la Ley por encima de todo, no es menos cierto que elementos tales como la Lex Artis deben ser tenidos en cuenta de manera permanente al juzgar la actuación de un médico en nuestro país.

El Magistrado Ciro Angarita plasmó en la Sentencia T-534-92:

“... En la Constitución de 1991, el derecho a la vida, más que reflejo de una obligación estatal (que aún se mantiene: artículo 2 CN), es un derecho fundamental, con mayor alcance y autonomía, y con la acción de tutela como mecanismo idóneo para su protección... Está consagrado en el artículo 11 como inviolable. Es un derecho absoluto, por lo cual no admite límites, como sí lo hacen otros derechos. Igualmente, constituye la base para el ejercicio de los demás derechos consagrados. Es el presupuesto indispensable para que cualquier sujeto se constituya en el titular de derechos y obligaciones. Así, el primer deber del Estado es el de proteger la vida de los asociados, adoptando las medidas necesarias para garantizar a sus ciudadanos una vida digna, todo ello fundado en el respeto por la dignidad humana, pilar fundamental del Estado Social, y en el objetivo-fin esencial al mismo de garantizar la efectividad de los principios y derechos...”

En esta misma sentencia, el ilustre abogado establece la conexidad entre el Derecho a la Vida y la prestación de los servicios de salud en la siguiente forma:

“...Para la Corte es evidente que en los casos en que el servicio de salud es indispensable para guardar el derecho a la vida, el Estado debe prestarlo a las personas necesitadas en los términos del artículo 13 de la Constitución... Los derechos a la seguridad social y la salud, aunque no consagrados como fundamentales, adquieren dicho carácter cuando de su protección depende la salvaguardia de otros derechos fundamentales, como lo es la vida...”

No podría ser de otra forma. De lo contrario el solo título de Médico Cirujano que acreditan las universidades, que dicho sea de paso, no convierte al médico general graduado en cirujano, daría licencia para invadir áreas extremadamente difíciles, como la cirugía cardiovascular, la neurocirugía, la oftalmología, etc. Lo que sucede es que, como hace muchos años en el país no existía un número suficiente de especialistas, debió formarse al médico general y acreditarlo para tomar el manejo de casos de urgencia en áreas apartadas de la geografía nacional.

Pero hoy en día, en que existen multitud de cirujanos especializados, particularmente en las ciudades, no tiene presentación desde el punto de vista de la Lex Artis, que un médico general que acredite una serie de cursillos y asistencia a congresos, se considere a sí mismo como especialista.

Y cuando por efecto de su actuación se provoque un daño, al haber provocado el riesgo debido a su impericia, cae dentro de la consideración de culpa médica y así deberá ser juzgado al evaluar el acto médico.

Es evidente que el Doctor C.E.M.C. no se encuentra capacitado para efectuar procedimientos de cirugía plástica, pues lo único que acredita es asistencia a cursos relacionados, visitas cortas a hospitales, y membresía de algunas sociedades organizadas para defender este tipo de ejercicio. En ningún sitio consta que haya efectuado postgrados de Cirugía Plástica o Estética

• ESPECIALIZACIÓN MÉDICA E IMPERICIA

No podemos pasar por alto el hecho de la impericia de quien no se somete al filtro de la especialización. Impericia que consiste en la incapacidad técnica para el ejercicio de algunas ramas de la profesión médica y equivale a la 'inobservation des regles d'art' de la doctrina francesa; parcialmente a la 'malpractice' de los anglosajones y al 'kunstfehler' de los alemanes.

El estudio adecuado de un campo determinado de la actividad médica permite o favorece:

- 1-Entender la lógica misma del aspecto estudiado como arte y ciencia.
- 2-Una práctica en el razonar. Y la mente razonadora se perfecciona mediante esa práctica.
- 3-Unos criterios para evaluar ciertos argumentos que se usan a nivel determinado
- 4-Tener un método y una técnica para revisar y enfrentar ciertas situaciones muy específicas de ese campo en particular.
- 5-Obtener unos principios para adquirir un lenguaje universal en el área estudiada.
- 6-Adjudicar los principios y criterios para proceder correctamente en el razonamiento de las complicaciones que se presenten.

Hay que mencionar que el período de entrenamiento especializado es duro. En él se intenta acumular el máximo de experiencia y aprendizaje posible, para poder dar al médico en formación un criterio básico de manejo de los problemas en el menor tiempo posible.

Esto hace que sea una verdadera injusticia que médicos graduados que

sacrifican otros años adicionales para perfeccionar sus habilidades en especialidades concretas, deban competir con quien en forma empírica se anuncia, por ejemplo, como “cirujano estético” y acompañe su afirmación con pedazos de cartón de cursos cortos, llamándose adicionalmente “discípulo” de grandes profesores que ni siquiera lo conocen.

No debe olvidarse que varios cursitos menores jamás reemplazan a un postgrado. Que los “diplomas” que se colocan en los muros de los consultorios muchas veces son apenas certificados de asistencia a esos cursos. Que los programas de especialización pueden provenir de organizaciones no universitarias (Centro Médico especializado para entrenamiento en cirugía del dedo pulgar izquierdo...conformado por tres amigos que decidieron que eran expertos mundiales en ese campo). Y que muchos certificados de especialista pueden ser falsos.

Se insiste, de nuevo, en que esta consideración es de aspecto exclusivamente médico. Sin embargo, sus implicaciones sirven de fundamento a muchas decisiones que evalúen la idoneidad de la acción profesional.

También es claro que la pericia como cirujano estético que pretende poseer el doctor C.E.M.C. , no es ni por asomo, idónea.

C- FUNDAMENTOS ÉTICOS

Lo más evidente en este proceso es la falta de claridad en la elaboración de la historia clínica, su sospechoso manejo por parte del acusado y la evidente transgresión al consentimiento informado.

• HISTORIA CLÍNICA

Dentro de todas las características de la historia clínica, en este caso debe insistirse en su importancia como documento médico legal.

Por otro lado, es parte del contrato de servicios médicos, cuyo fundamento se basa en varios aspectos.

A- Capacidad de los sujetos. Se origina 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.

B- Consentimiento. Basado en la manifestación expresa de voluntades y el acuerdo mutuo. 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.

C- Objeto lícito. Esto quiere decir, ajustado a la ley.

D- Causa lícita. O sea, aquella permitida por la ley, es decir, de acuerdo con el orden público y las buenas costumbres.

Entre el paciente y su medico se establece la típica relación de contrato consensual, por la cual el medico se compromete a colocar todos los medios de su parte para devolver o mantener la salud del enfermo, quien a su vez se compromete a pagar unos honorarios al profesional por su trabajo, cuando la relación es puramente privada.

En segundo lugar, es la base de demostración de la diligencia médico-hospitalaria. Diligencia es la cualidad por la cual el médico ejerce su acto profesional utilizando los principios de cuidado, exactitud, ciencia y conocimiento, con el objeto de llegar a un diagnóstico preciso de las condiciones de un enfermo, para orientar su terapéutica. 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.

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).

La historia clínica es uno de los elementos probatorios de la diligencia, desde su elaboración formal hasta su trasfondo científico.

En tercer lugar, posee carácter probatorio ante la ley.

La historia clínica es una forma de prueba, pues se considera documento.

De acuerdo con el Código de Procedimiento Civil (Sección III, Régimen Probatorio, Título XIII, Pruebas, Capítulo I, Artículo 175):

“...Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez...”

El mismo Código, en su artículo 251 expresa:

“...Son documentos, los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo...”

Documento es todo aquel elemento perceptible por los sentidos del oído y la vista que al ser examinado sirva para comprobar la existencia de un hecho o una manifestación del intelecto y que, por lo tanto, puede ser llevado físicamente ante el juez.

De acuerdo con el Profesor J Parra Quijano, en el aspecto procesal y probatorio hay dos tipos de documentos: Solemne (cuando la ley impone que un acto se celebre a través de un documento específico, como la venta de un inmueble o un consentimiento informado); y Probatorio cuando se constituye como objeto permanente de representación como medida de seguridad (Historia clínica).

La Historia Clínica en este caso concreto es deficiente y se dan eventos que orientan hacia su alteración, motivo por el cual debe compulsarse copia a la Fiscalía Seccional, para que el Tribunal seccional de Ibagué ponga en su conocimiento el posible delito de falsedad documental.

• 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 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 más cosas en que se trata de dar, hacer o no hacer.

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.

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 expondrá a su paciente a riesgos injustificados”.

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.

Es claro en este proceso que el consentimiento se encuentra completamente viciado. En el momento de su firma la paciente no se hallaba en capacidad de considerar la información ni de evaluar los riesgos.

• 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 Medica Colombiano (Titulo II, Capitulo I, Artículo 14):

“El medico 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”.

La base del consentimiento es la voluntad de la persona de participar en el acto medico, 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.

Hasta para el más lego en cuestiones médicas, resulta evidente que cuando una persona se encuentra bajo efectos sedantes de cualquier medicación, su capacidad se encuentra alterada. Esto, a nivel penal, es un agravante de una conducta ilícita respecto de la víctima.

• DEFINICIÓN DE VOLUNTAD

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

Voluntad es el apetito de la razón. Es la tendencia del ser hacia su perfección. No es simplemente un apetito instintivo, sino del conocimiento. Interviene la inteligencia. Si la inteligencia tiende a la verdad, la voluntad tiende al bien

El libre albedrío, base de la libertad, se basa en la voluntad. El acto de voluntad tiene tres fases

- Fase de intención: Se desea un fin y se intenta alcanzarlo.
- Fase de elección: Se aceptan los medios para conseguir el fin y se escoge uno o varios.
- Fase de ejecución: Se ejecuta el acto y se obtiene el resultado.

En forma más amplia, es la capacidad de elegir entre caminos distintos de acción y actuar según la elección tomada, en concreto cuando la acción está dirigida hacia un fin específico o se inspira por ideales determinados y principios de conducta. La conducta de voluntad contrasta con la conducta derivada del instinto, impulso, reflejo o hábito, ninguna de las cuales implica una elección consciente entre distintas alternativas.

La voluntad de la paciente en cuestión se encontró sustancialmente afectada, por cuanto sus capacidades intelectuales al momento de firmar el consentimiento, no eran completas debido al efecto de la droga administrada como premedicación anestésica

D- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

• ANTECEDENTES DISCIPLINARIOS

De acuerdo con el Decreto 3380 de 1981, Reglamentario de la Ley 23 de 1981,:

Artículo 54. La sanción disciplinaria se aplicará teniendo en cuenta los antecedentes personales y profesionales del infractor y las circunstancias atenuantes o agravantes de la falta.

En este caso, el Doctor C.E.M.C. registra antecedentes disciplinarios contenidos en los archivos 048 y 096 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima. Este último ascendió en apelación al Tribunal Nacional de Ética y se radicó bajo el número 704 de 2002, en donde se ratificó la sanción impuesta al mencionado doctor C.E.M.C. , consistente en censura verbal y pública

CONSIDERACIONES SOBRE LA SANCIÓN

Queremos recordar que la pena a imponer tiene varias funciones: GARANTIZADORA, en virtud que la pena esta hecha de acuerdo al principio de legalidad. Es garantizadora porque es la herramienta que limita el ius puniendi o derecho de castigar del Estado. PROTECTIVA, Porque la pena esta establecida para proteger bienes jurídicos. Y MOTIVADORA. Esta función la da FEUERBACH en su obra “Coacción Psicológica” y dice: El solo hecho que el Estado cree la institución de la pena, luego de aplicarla a alguien y luego de ejecutada esto debe motivar a la sociedad para que no delinca, además, debe existir proporcionalidad, es decir, identidad que debe existir entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. No puede haber más pena que la que exige el hecho y el grado de responsabilidad.

Por lo anterior, el extremo de cinco años en suspensión del ejercicio de la medicina, se aplica a casos de extrema gravedad.

En el presente caso existen transgresiones de gran alcance, especialmente respecto del consentimiento informado y la historia clínica, motivo por el cual se ha tasado la sanción de manera proporcional a las mismas.

Son suficientes las consideraciones previas, para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en el ejercicio de las atribuciones que la confiere la Ley

RESUELVA:

ARTICULO PRIMERO. Imponer al Doctor C.E.M.C., identificado con la cédula de ciudadanía dey Registro Médico del Ministerio de Salud de la República de Colombia, por violación a los artículos 15, 34 y 35 de la Ley 23 de 1981, sanción consistente en suspensión del ejercicio profesional de la

medicina por un término de dieciocho (18) meses. ARTICULO SEGUNDO. Ordenar al Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima compulsar copias a la Fiscalía Regional, con el objeto de que, si esta honorable dependencia lo considera conveniente, se investigue de oficio el delito de Falsedad Documental. ARTICULO TERCERO. Ordenar igualmente al tribunal Seccional del Tolima, se sirva investigar la condición de médico de quien aparece como el Doctor G.R. . De no confirmarse su profesión y las respectivas autorizaciones para ejercer medicina en nuestro país, enviar copias a la Fiscalía Seccional, con la acusación de ejercicio ilegal de la medicina, para que esa Honorable Fiscalía evalúe la situación y proceda de en consecuencia. ARTICULO CUARTO. Recordar que de acuerdo con la Ley 23 de 1981, contra esta sentencia son procedentes los recursos de reposición para ante el mismo Tribunal, dentro de los treinta días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la sanción, o el subsidiario de apelación para ante el Ministerio de Protección Social, dentro del mismo término. NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

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

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

REF: PROCESO No. 2231 DEL TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA DE BOGOTÁ.

DENUNCIANTE: SRA. A.C.

DENUNCIADOS: Drs. C.A.E.C. Y F.H.M.P.

Providencia No.28-2008

Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá resuelve inhibirse de abrir investigación formal en contra de los doctores C.A.E.C. Y F.H.M.P. 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 Ética 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 J.de.D.C.M., 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 J.deD.C.M., (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 C. 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 C. 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 C.E.C. procedió a efectuar, el 20 de Abril, Esofaguectomía 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 desgarro de la cápsula esplénica y desgarro 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 C. 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 JdeD.C. 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 A.C.I. 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 C.A.E.C. quien explicó detalladamente su participación en el caso del señor JdeD.C. 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 F.H.M.P. 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 ÉTICA 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 C. 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 20o. 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 esofagogastrectomía 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 'JDED.C. el Doctor C.E. obró de acuerdo a lo que exige la Lex Artis.

La Señora A.C. se queja de la extracción del Bazo en el acto quirúrgico y acusa por ello al Doctor E. 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 C.A.E.C. Y F.H.M.P., 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 L.V. 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 E. 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 E. 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 E. 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 E. 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 E. 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 D. de Cajanal que me diera la remisión urgente al hospital como se indicaba, contestando el Doctor D. 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 mucha 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 JDED.C.el Doctor C.E. obró de acuerdo a lo que exige la Lex Artis.

La Señora A.C. se queja de la extracción del Bazo en el acto quirúrgico y acusa por ello al Doctor E. . 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 A.C.I., (folios 191 a 193 del c.1) la Diligencia de Versión Libre que rinde ante este Tribunal el Cirujano Doctor C.A.E.C. (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 F.H.M.P., 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 desgarramiento 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 Ética 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 C.E, 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,vto, 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 E.

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 hilo 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 OBLIGACIÓN 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 GARANTÍA 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 sólo reivindica 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 predicán 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 observo 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

3. 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.

4. 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 expondrá 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 C.A.E.C. Y F.H.M.P. ARTICULO SEGUNDO: Confirmar la providencia de DECISION INHIBITORIA por parte del Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá. ARTICULO TERCERO. Ordenar el archivo del proceso al mencionado Tribunal Seccional. NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

FDO: 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.

Bogotá D. C., octubre catorce (14) del año dos mil tres (2003).

SALA PLENA SESIÓN No.762 DEL CATORCE (14) DE OCTUBRE DEL AÑO DOS MIL TRES (2003).

REF: Proceso No. 104 del Tribunal de Ética Médica del Tolima
Denunciante: L.R. DEL P. B.
Contra el doctor C.E.M.C.

Providencia No.50-2003

Magistrado Ponente. Doctor Fernando Guzmán Mora

La sala procede a resolver el recurso de reposición interpuesto en contra de la Providencia N 27-03, respecto del proceso disciplinario N 104 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima, cuyo implicado es el doctor C.E.M.C. .

1- ANTECEDENTES.

HECHOS

La señora L.R. DEL P.B.P. presentó queja ante el Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima el día 16 de Febrero de 2000, en contra del Doctor C.E.M.C., a quien acudió para ser intervenida por cuadro de lipodistrofia, sometándose a la intervención de lipectomía el 7 de Agosto de 1999, en el Centro de Medicina Biológica y estética de la ciudad de Ibagué.

Dicha intervención se llevó a cabo, de acuerdo con el relato de quienes en ella participaron, sin complicaciones de ninguna clase. Debido a la

insatisfacción con los resultados, la paciente vuelve a ser intervenida por el médico general en cuestión y un nuevo galeno, el Doctor G.R., de quien se hablará más adelante.

La paciente en su denuncia afirma varias cosas:

- a- No hubo elaboración de historia clínica cuidadosa.
- b- No se tuvieron en cuenta los antecedentes de enfermedades anteriores en la misma.
- c- El quirófano en donde fue intervenida no era apropiado como sala de cirugía.
- d- No tenía los elementos básicos para la atención de los pacientes en caso de complicaciones.
- e- La anestesia local administrada fue insuficiente y el procedimiento fue insoportablemente doloroso.
- f- Los controles postoperatorios fueron inadecuados.
- g- El cirujano fue ayudado en una segunda intervención (retoque) por un médico extranjero.
- h- La instrumentadora no se encontraba capacitada para el desempeño de sus funciones.
- i- Se encuentra insatisfecha con el resultado, el cual fue “garantizado”.
- j- “Descubrió” que el Doctor C.E.M.C. no es cirujano plástico calificado.
- k- Pidió concepto al cirujano plástico A.P.N., quien le expresó (de acuerdo con lo declarado por la paciente), que la cirugía no había sido efectuada de manera correcta.

PRETENSIONES

Que se investigue si la conducta del Doctor C.E.M.C. constituye una transgresión a las normas de Ética Médica vigentes en el país.

2- ACTUACIÓN PROCESAL

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima recibió la queja y la radicó, continuando con el reparto, el cual correspondió al Magistrado Doctor J.L.H., quien procedió a la instrucción e investigación de la denuncia.

A partir del 24 de Febrero de 2000, se procedió a recolectar las pruebas, entre las que se cuentan:

- a- PRUEBAS TESTIMONIALES. 7 pruebas
- b- DILIGENCIA DE VERSION LIBRE Y ESPONTANEA CON AMPLIACIÓN: 2 Pruebas
- c- PRUEBAS DOCUMENTALES: 12 pruebas
- d- VISITAS ESPECIALES ADMINISTRATIVAS: 2 pruebas
- e- PRUEBAS PERICIALES 2 pruebas

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima, de manera muy cuidadosa, tomó la declaración ratificatoria de la quejosa y practicó una visita administrativa al Centro de Medicina Biológica y Estética, encontrando algunos cuartos utilizados como consultorios y un cubículo adaptado como quirófano. La inspección de la historia clínica de la quejosa no es posible efectuarla, porque de acuerdo con el médico M.C., las historias clínicas quirúrgicas se encuentran bajo llave y se hallan bajo el cuidado del Doctor G.R., de quien se afirma tiene múltiples nacionalidades y, como se verá más adelante en el proceso, fue imposible hacerlo testificar, porque se encuentra viajando de manera permanente.

De otro lado, la licencia de ese centro médico no se exhibe en el momento de la visita y se dice que se encuentra en trámite. Como se verá más adelante, existen al respecto varias incongruencias.

Curiosa anotación debe hacerse respecto de la licencia de funcionamiento de ese Centro Médico, pues es de notar que en documento de la Secretaría de Salud de ese Departamento, informan que no tiene licencia para efectuar procedimientos quirúrgicos. Sin embargo, pasados algunos días, se allega una rectificación de esa Secretaría, en donde dicen que existió una equivocación, pues en los papeles de solicitud sí habían incluido el permiso para este tipo de actos médicos.

De igual manera, frente a la afirmación del doctor M.C., de haber sido amenazado en su integridad física, motivo por el cual debió contratar los servicios de protección de la empresa de seguridad Las Águilas, en un documento de la mencionada entidad afirman enfáticamente que no se le ha prestado el servicio y que no conocen al doctor M.C. Curiosamente, de nuevo, en nuevo documento rectifican e informan que se equivocaron, porque el doctor M.C., sí es cliente de esa institución y sí se le prestaron los servicios de protección personal.

Asumiendo que ambos funcionarios, tanto público como privado, actuaron de buena fe, llama la atención las equivocaciones tan protuberantes en ambas entidades, lo que nos hace pensar que la forma de archivo y la memoria de los funcionarios frente a ambas dependencias es bastante pobre, dentro de lo que puede catalogarse como una curiosa coincidencia.

La prueba de reconocimiento de la paciente quejosa, es efectuada por la seccional respectiva del Instituto de Medicina Legal, cuyo informe enuncia que no se hallan serias deformidades en la estética corporal de la paciente, ni secuelas graves para la salud de la misma.

La Historia clínica de la paciente L.R.DEL.P.B.P. presenta notorias deficiencias. La paciente afirma de manera categórica que no vio ninguna toma escrita o grabada de la historia clínica. Que no se tuvieron en cuenta sus antecedentes.

De la misma manera, se encuentran inconsistencias graves en los datos de historia clínica, en donde no hay coincidencia de fechas, de datos de la paciente, de cifras numéricas tan importantes como el peso de la enferma, con diferencias de más de diez kilogramos. Adicionalmente hay enmendaduras, errores de fechas, falta de anotaciones importantes como la segunda intervención practicada.

Existen además algunos hechos de notoria gravedad, como las afirmaciones contradictorias del Dr M.C., respecto de la entrega de originales de la historia clínica, la acusación al tribunal de haber sido muy poco cuidadoso con esas copias y la incongruencia respecto de dos versiones de la historia con datos cambiados y alterados.

Para completar la confusión, el Doctor M.C., afirma que, en la segunda intervención, el misterioso Doctor G.R solamente entró a conversar con quien oficiaba como cirujano plástico (El Doctor M.C.,) y que no tocó a la paciente.

Esto se encuentra en contravía con lo registrado en la historia clínica, en donde se halla una nota operatoria que registra al mencionado doctor G.R como participante activo del caso.

Y, respecto del consentimiento informado, la paciente afirma que no recuerda haberlo firmado. Ante esto, el acusado allega copia del mismo al proceso con una firma bastante alterada que, en concepto grafológico posterior, se determina como perteneciente a la paciente B.P.

Lo que sí es claro, tanto por testimonios de los médicos como del personal administrativo de ese Centro Médico, es que al momento de la firma la paciente se encontraba bajo efectos de medicación sedante con ativán. Esto aparece probado en los folios 59, 82 y 83. A su vez, existen contradicciones evidentes respecto de las afirmaciones del acusado, como lo muestra el folio 90 en lo relativo al momento de firma del consentimiento.

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima decide entonces abrir pliego de cargos contra el doctor C.E.M.C., identificado con la cédula de ciudadanía de Ibagué y Registro Médico del Ministerio de Salud de la República de Colombia, por presunta violación a los artículos 15, 34 y 35 de la Ley 23 de 1981, en consonancia con los artículos 1, 3 y 5 de la Resolución 1995 de 1999 del Ministerio de Salud Pública de Colombia.

Luego tienen lugar multitud de actos procesales, solicitudes periódicas de copias del proceso, inasistencia del acusado y su apoderado a diligencias de descargos, inasistencia de los mismos a interrogatorio de testigos por ellos mismos solicitados, peticiones de nulidad procesal, presentación de excusas médicas aparentemente justificadas, excusas por estar el apoderado en otros procesos, nuevas solicitudes de pruebas, contestación de derechos de petición del apoderado, en fin, al revisar el proceso queda la clara impresión de un actitud dilatoria y evasiva por parte del acusado y su apoderado, quienes siguiendo los lineamientos de la norma procesal, hacen todo lo posible por dilatar el proceso. Y, ante esto, cabe preguntarse si realmente todo lo estrictamente legal corresponde a lo que en realidad es justo.

La tan aplazada diligencia de descargos tiene por fin lugar y el procesado no aporta nuevos elementos que permitan inclinar las pruebas y los hechos a su favor.

Por este motivo, el Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima, resuelve imponer sanción al Dr. C.E.M.C., consistente en suspensión del ejercicio profesional por más de seis meses, motivo por el cual llega el proceso al Tribunal Nacional de Ética Médica, para la imposición de dicha sanción.

3- LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

Este Tribunal comienza, como es costumbre en varias de estas providencias, a efectuar consideraciones sobre aspectos que tocan con el desempeño de los médicos, para efectos de ubicarlos dentro del contexto de la Lex Artis ad Hoc, elemento esencial al evaluar la conducta médica.

Hace referencia en el presente caso a la cirugía plástica y su relación con el derecho fundamental a la vida y a la especialización médica en el contorno del acto imperito.

A continuación plantea los fundamentos éticos a considerar dentro de la violación endilgada al médico disciplinado, en particular lo que hace referencia a la Historia clínica y al consentimiento informado.

Luego se centra en el aspecto jurídico, especialmente en el artículo 54 con el Decreto 3380 de 1981, Reglamentario de la Ley 23 de 1981, respecto de los antecedentes disciplinarios del transgresor, que en el caso sub judice se encuentran presentes, pues el Doctor M.C., registra antecedentes disciplinarios contenidos en los archivos 048 y 096 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima. Este último ascendió en apelación al Tribunal Nacional de Ética y se radicó bajo el número 704 de 2002, en donde se ratificó la sanción impuesta al mencionado doctor C.E.M.C., consistente en censura verbal y pública por último, en su parte resolutive, la Sala Plena resuelve

ARTICULO PRIMERO. Imponer al Doctor C. E.M.C., , identificado con la cédula de ciudadanía ... de Ibagué y Registro Médico .. del Ministerio de Salud de la República de Colombia, por violación a los artículos 15, 34 y 35 de la Ley 23 de 1981, sanción consistente en suspensión del ejercicio profesional de la medicina por un término de dieciocho (18) meses.

ARTICULO SEGUNDO. Ordenar al Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima compulsar copias a la Fiscalía Regional, con el objeto de que, si esta honorable dependencia lo considera conveniente, se investigue de oficio el delito de Falsedad Documental.

ARTICULO TERCERO. Ordenar igualmente al tribunal Seccional del Tolima, se sirva investigar la condición de médico de quien aparece como el Doctor G.R. De no confirmarse su profesión y las respectivas autorizaciones para ejercer medicina en nuestro país, enviar copias a la Fiscalía Seccional, con la acusación de ejercicio ilegal de la medicina, para que esa Honorable Fiscalía evalúe la situación y proceda de en consecuencia

ARTICULO CUARTO. Recordar que de acuerdo con la Ley 23 de 1981, contra esta sentencia son procedentes los recursos de reposición para ante el mismo Tribunal, dentro de los treinta días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la sanción, o el subsidiario de apelación para ante el Ministerio de Protección Social, dentro del mismo término.

4- LA APELACIÓN

El recurrente divide su recurso en varias partes.

I- De la Posición del Tribunal.

II- De los fundamentos de hecho y de derecho del presente recurso.

1- Prejudicialidad Penal.

2- Prescripción de la acción disciplinaria.

III- Nulidad del Proceso por violación del debido proceso.

1- Irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso.

2- Violación del derecho a la defensa.

IV- De los fundamentos del recurso.

V- De la proscripción de la responsabilidad objetiva y del concepto de culpa.

VI- Petición.

1- Aplicar la prejudicialidad penal.

2- Aplicar la prescripción.

3- En caso negativo conceder la apelación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Procede la sala a analizar y solucionar cada uno de los acápites alegados por el apoderado de médico disciplinado, en la siguiente forma.

Luego de un “poético” epígrafe en donde se habla de los errores en que pueden incurrir los jueces, procede el apoderado del médico M.C., , abogado ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS, a plantear las siguientes consideraciones respecto de la providencia impugnada, las cuales son evaluadas detenidamente por el Tribunal Nacional de Ética Médica.

I- DE LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL

A - Comienza diciendo que este Tribunal expresa “elucubraciones que no tienen ningún asidero de carácter legal”.

A este respecto, aunque De minimis non curat praetor, se le recuerda que en el acápite sobre cirugía plástica, se menciona que cualquier acción médica sobre un paciente, al intervenir sobre la integridad del mismo, incide sobre el Derecho Fundamental de la vida, debido a su íntima conexidad, Esto se refuerza con una sentencia de la Corte Constitucional de la que fue ponente señor Magistrado Ciro Angarita, en un célebre proceso que toca esta relación y que, como jurisprudencia de alta corte, tiene el mayor interés jurídico al ser considerada. Si el señor apoderado ARCINIEGAS LAGOS considera que esta interacción salud-vida no merece este tipo de consideraciones, entonces se le recomienda estudiar con mayor detenimiento el contenido de la providencia que solicita reponer. Adicionalmente nos permitimos citar un aparte de la Sentencia N C-259-95 de la misma entidad, con fin de ilustrar al libelista en el punto objetado, siempre y cuando acepte que las providencias de las altas cortes tienen “asidero de carácter legal”

“...Es entendido que la ética aplicada al ejercicio de la medicina nunca puede relativizar la vida humana como supremo valor moral y jurídico de la persona. Aunque el comportamiento ético es uno solo, desde luego debe observarse que este puede dar lugar a múltiples aplicaciones y manifestaciones en el ejercicio de las profesiones, y para el caso concreto, de la actividad médica, bien por acción o por omisión...”

B- Posteriormente dice que el Tribunal Nacional de Ética Médica “pretende desconocer que los jueces de la República deben someterse al imperio de la Ley y no al capricho de sus prejuzgamientos”.

Esta constituye una dura y falsa acusación, por lo cual merece análisis más minucioso. Para comenzar, esta corporación SIEMPRE se ha atenido a las leyes vigentes. Y una de las mejores pruebas es que sus providencias siempre tienen

el respaldo jurídico de un sobresaliente profesional del derecho, experto en el área médica disciplinaria, lo cual brinda una mejor garantía a los sujetos disciplinados

Esto sin mencionar el hecho de contar en varios tribunales seccionales, e incluso en el nacional, con médicos que son además abogados titulados o estudiantes de cursos avanzados de la carrera de Derecho. Todo lo anterior, repetimos, con la vigilancia interna y la opinión permanente del asesor jurídico, que siempre ha sido un ilustre abogado (En el caso actual, un ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia).

Respecto de la legalidad que nos obliga a quienes ejercemos la función ético disciplinaria médica, es prudente recordar algunos apartes de la sentencia de Marzo 31 de 1982, con ponencia del Magistrado Luis Carlos Sábica, en donde se enuncia

“...En la misma exposición y con respecto a la integración del Tribunal de Ética Médica, y al establecimiento del proceso disciplinario respectivo, se afirmó:

“(...) se establece la creación de un Tribunal de Ética Médica que a nivel nacional vigile el cumplimiento de las normas que contempla el proyecto (...). El capítulo segundo, fija el procedimiento a seguir para imponer una sanción disciplinaria, garantizando desde luego el derecho de defensa, de conformidad con el artículo 26 de nuestra Constitución.” (artículo 29 de la Constitución Vigente).

La Corte Suprema de Justicia al adelantar el examen de constitucionalidad de los artículos 74 a 82 materia de estudio, expresó lo siguiente en torno al mismo tema, al declarar la exequibilidad de dichas disposiciones:

“Un régimen disciplinario, en estricto sentido, está integrado por los correctivos jurídicos necesarios para obtener la continuidad y eficacia de un servicio y la debida protección de los intereses de sus usuarios. Siendo obligación del Estado salvaguardar la moralidad, la seguridad y la salubridad públicas y teniendo la consecuente autorización constitucional para inspeccionar y vigilar las profesiones en orden a defender aquellos valores, no cabe plantear la duda para establecer un régimen de control y disciplina como el de la Ley 23.

Debe afirmarse, así mismo, que un régimen disciplinario, por razón de su finalidad, es una técnica de control administrativo distinta al ejercicio de la función judicial y, por lo mismo, susceptible de ser atribuida a funcionarios no judiciales y aun a particulares (...)

La enunciación de los principios éticos y las conductas censurables, el establecimiento general de las sanciones y las reglas procedimentales para su imposición, responden bien a las exigencias de un régimen disciplinario, especialmente si se advierte que lo prescrito en el artículo 82 de la Ley 23, en cuanto en lo no previsto en ella “se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Penal”, deja a salvo las garantías contenidas en el artículo 26 de la Constitución.”

El artículo 29 de la Constitución Política consagra los mismos principios del artículo 26 de la Carta de 1886 referentes al debido proceso y a las formalidades propias del juicio ante tribunal competente, pero ampliándolas a todas las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas, y consagrando de manera expresa la presunción de inocencia, el derecho de defensa, el principio de publicidad y de celeridad, el derecho de contradicción, el derecho de impugnación y el principio del “non bis in idem”, todos los cuales son desarrollo del debido proceso...”

La misma sentencia mencionada C-782 ilustra:

“...En razón de lo expuesto, resulta lógica y necesaria la existencia de un proceso ético profesional y la conformación de un Tribunal de Ética Médica que tenga la potestad de estudiar y sancionar las conductas de los profesionales de la medicina que atenten contra la vida, la salud y la integridad física y mental de las mismas personas, más aún, cuando se trata de la prestación de un servicio integrado al sistema de salud considerado como un servicio público esencial. En desarrollo de lo anterior, la Ley 23 de 1981 “Por la cual se dictan normas en materia de ética médica” regula el ejercicio ético de la medicina en Colombia, y establece, en su Título III los “órganos de control y régimen disciplinario”, y particularmente en el Capítulo II lo concerniente al “proceso disciplinario ético-médico”.

Es bien sabido que nuestra Carta Política consagra el principio fundamental del debido proceso, en virtud del cual “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio” (artículo

29 C.P.). El debido proceso tiene aplicación no solamente en relación con las actuaciones judiciales, sino también con las administrativas.

De esta manera, para que se configure el debido proceso en forma adecuada y con sujeción a la Constitución y a la ley debe mediar necesariamente la existencia de la normatividad que consagra la tipicidad de las faltas que puedan acarrear las respectivas sanciones para imponerlas, sean éstas de carácter administrativo o judicial; el respeto del derecho de defensa al inculpado, durante los trámites de investigación y juzgamiento, con la facultad dentro del mismo de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra, y en fin, la observancia de la plenitud de las formas propias del respectivo proceso.

El fundamento esencial para el desarrollo de las normas sobre ética médica se encuentra consagrado en la misma Ley 23 de 1981, a través de la cual se establece que la medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de 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 distingos de nacionalidad ni de orden económico-social, racial, político o religioso. Así pues, conforme a ella el respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual, de manera que el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes, y responsabilidades que acarrean sanciones de carácter penal, civil y disciplinario.

Es así como la Ley citada estructura el proceso disciplinario cuando una vez adelantado el trámite respectivo y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, el Tribunal Nacional de Ética Médica creado por la misma normatividad para conocer de los procesos disciplinarios ético-profesionales, considere que se han violado las normas de ética médica por parte de los profesionales y por razón del ejercicio de la medicina en Colombia. (artículos 63 y 74 de la Ley 23 de 1981)

Las normas de ética médica que deben ser cumplidas por los médicos con sujeción a su conducta pública o privada dentro de los preceptos de la moral universal, se encuentran ampliamente consignadas en la Ley 23 de 1981, como se ha expresado, cuyo artículo 10 prescribe lo siguiente: “La presente ley comprende el conjunto de normas permanentes sobre ética médica a que debe ceñirse el ejercicio de la medicina en Colombia...”

C- Luego afirma el apoderado que este Tribunal prejuzga, cuando cuestiona la conducta de su defendido “menospreciando la capacidad y los estudios que este ha desarrollado en el campo de la Cirugía Plástica, hasta el punto que pretende “ridiculizar” el mismo Tribunal a aquellos cirujanos que han adelantado especializaciones y estudios de una especialidad de la medicina que en Colombia se puede ejercer por el solo hecho de ser Medico Cirujano, pues hasta el día de hoy no conozco ninguna ley que regule o hubiera regulado el ejercicio de la cirugía plástica o estética”.

A este respecto, la consideración esencial es que la sanción impuesta al disciplinado C.E.M.C. , no radica en su falta de experiencia en el campo de la cirugía plástica, sino por violación los artículos 15, 34 y 35 de la Ley 23 de 1981, que a la letra dicen:

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

Artículo 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.

Artículo 35. En las entidades del Sistema Nacional de Salud la historia clínica estará ceñida a los modelos implantados por el Ministerio de Salud.

Ya se hará referencia a la violación en cuestión. Sin embargo es necesario aclarar el aspecto de lo que el apoderado menciona como “menospreciar la capacidad y los estudios que este ha desarrollado en el campo de la Cirugía Plástica, hasta el punto que pretende “ridiculizar” el mismo Tribunal a aquellos cirujanos que han adelantado especializaciones y estudios de una especialidad de la medicina...”

Este Tribunal jamás ha puesto en entredicho a aquellos médicos que han adelantado especializaciones formales en sitios aceptados como idóneos para llevar a efectos estudios de especialización formal. Pero, en el caso de C.E.M.C. : En dónde se encuentran los certificados que acreditan esta formalidad educativa? En el mundo entero se acepta que, para llegar a ser

cirujano plástico se requiere un mínimo de cuatro años de residencia en un hospital académico, de tiempo completo y dedicación exclusiva. Dónde están pues esos documentos que respaldan la experticia de M.C. en ese campo?

De nuevo se pone de presente que la sanción impuesta fue por otros motivos muy claros.

En lo tocante a la afirmación de ser "...una especialidad de la medicina que en Colombia se puede ejercer por el solo hecho de ser Medico Cirujano, pues hasta el día de hoy no conozco ninguna ley que regule o hubiera regulado el ejercicio de la cirugía plástica o estética...", debe aclararse un poco más el concepto.

Partiendo de nuevo de la base de no haber sido disciplinado por su falta de acreditación formal en un área de la medicina que puede ocasionar lesiones graves a la salud, sino por violación a normas legales perfectamente tipificadas, este Tribunal no podía en el momento de emitir la providencia impugnada, ni ahora que resuelve la reposición a la misma, pasar por alto el hecho de la impericia de quien no se somete al riguroso filtro de la especialización para considerarse, precisamente, especialista.

Si bien la ley no regula el ejercicio de áreas como la cirugía plástica y teniendo en cuenta que los magistrados del Tribunal Nacional no somos jueces de la República sino particulares elevados al rango de funcionarios administrativos que ejercen funciones públicas de manera transitoria, los jueces de la República en sus diferentes jurisdicciones, al evaluar la responsabilidad médica que cause un daño tienen en cuenta elementos tan importantes como la culpa, el nexo causal y la Lex Artis.

En el caso de la jurisdicción penal, lo primero que deberá acreditar quien ocasione el daño es su experiencia en el campo en el cual se produjo el mismo. Y allí se hallará que el título de Médico Cirujano que expiden las universidades es en realidad un título de Médico General. Y partir de ese título es que parten los estudios de especialización que no pueden, teniendo en cuenta la norma de excelencia que representa la Lex Artis, ser de tipo autodidáctico ni mucho menos respaldado en títulos de educación informal o de educación parcial, como la quien asiste a un cursillo y luego coloca el diploma en la pared de su consultorio u oficina, mostrando ante el público lo que en realidad no es.

En el caso ético disciplinario, si bien se actúa siempre conforme a la Constitución y a la Ley, lo primero que se evalúa es la experiencia en el campo al que el

acusado dice pertenecer, pues de esa elemental consideración parte el concurso de elementos tales como la negligencia, la ignorancia y la impericia, que para todas las jurisdicciones son las causales principales de la culpa médica.

En la providencia cuestionada se mencionó:

“...No podemos pasar por alto el hecho de la impericia de quien no se somete al filtro de la especialización. Impericia que consiste en la incapacidad técnica para el ejercicio de algunas ramas de la profesión médica y equivale a la ‘inobservation des regles d’art’ de la doctrina francesa; parcialmente a la ‘malpractice’ de los anglosajones y al ‘kunstfehler’ de los alemanes.

El estudio adecuado de un campo determinado de la actividad médica permite o favorece:

- 1-Entender la lógica misma del aspecto estudiado como arte y ciencia.
- 2-Una práctica en el razonar. Y la mente razonadora se perfecciona mediante esa práctica.
- 3-Unos criterios para evaluar ciertos argumentos que se usan a nivel determinado.
- 4-Tener un método y una técnica para revisar y enfrentar ciertas situaciones muy específicas de ese campo en particular.
- 5-Obtener unos principios para adquirir un lenguaje universal en el área estudiada.
- 6-Adjudicar los principios y criterios para proceder correctamente en el razonamiento de las complicaciones que se presenten.

Hay que mencionar que el período de entrenamiento especializado es duro. En él se intenta acumular el máximo de experiencia y aprendizaje posible, para poder dar al médico en formación un criterio básico de manejo de los problemas en el menor tiempo posible.

Esto hace que sea una verdadera injusticia que médicos graduados que sacrifican otros años adicionales para perfeccionar sus habilidades en especialidades concretas, deban competir con quien en forma empírica se anuncia, por ejemplo, como “cirujano estético” y acompañe su afirmación con

pedazos de cartón de cursos cortos, llamándose adicionalmente “discípulo” de grandes profesores que ni siquiera lo conocen.

(...)

Se insiste, de nuevo, en que esta consideración es de aspecto exclusivamente médico. Sin embargo, sus implicaciones sirven de fundamento a muchas decisiones que evalúen la idoneidad de la acción profesional.

También es claro que la pericia como cirujano estético que pretende poseer el doctor C.E.M.C., no es ni por asomo, idónea...”

Respecto a la consideración sobre las especialidades médica, la misma Ley 23 de 1981 las enuncia de manera tácita. 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”. (El resaltado es nuestro). 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.

Y en estas afirmaciones esta Sala Plena del tribunal Nacional de Ética Médica vuelve a reafirmarse en su integridad

D- Se refiere el apoderado luego a las pruebas del proceso, aspecto del cual nos ocuparemos al final

II- DE LOS FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DEL PRESENTE RECURSO

1- PREJUDICIALIDAD

Plantea la prejudicialidad penal, para que se suspenda el proceso disciplinario, con base en el artículo 154 del Código de Procedimiento Penal, pues de acuerdo con su escrito, se adelanta proceso penal ante la Fiscalía 23 de la Unidad de Patrimonio económico de la ciudad de Ibagué, por los delitos de destrucción, supresión y ocultamiento de documento privado, así como de falsedad por parte de los magistrados del Tribunal de Ética del Tolima.

No considera este Tribunal Nacional de Ética Médica que aplique la prejudicialidad para el caso sub examine, por dos cuestiones esenciales: El consentimiento tomado a la paciente fue nulo y la Historia Clínica sí fue alterada. Y de ambas transgresiones existen pruebas definitivas

Por un lado, los testimonios y documentos del proceso muestran que el consentimiento se tomó de manera irregular. Y por otro, la afirmación de M.C., respecto de la presencia en el quirófano de un médico de nombre G. R., de quien afirma que solamente ingresó al quirófano para conversar otros asuntos personales, se encuentra en contravía con la misma descripción quirúrgica, en donde figura como ayudante del procedimiento el mencionado doctor.

Pero, aunque se tratara fundamental y únicamente de la alteración de la historia clínica, analicemos un poco el concepto de prejudicialidad, con el objeto de demostrar por qué no es aplicable al caso en cuestión. Dice el Código de Procedimiento Penal:

Art. 153. Prejudicialidad de otra especialidad. Cuando sobre los elementos constitutivos de la conducta punible que se investiga estuviere pendiente

decisión judicial al tiempo de cometerse, no se calificará el mérito de la instrucción mientras dicha decisión no se haya producido.

No obstante, si transcurrido un (1) año desde la oportunidad para proferir calificación no se hubieren decidido definitivamente las cuestiones que determinaron la suspensión, se reanuda la actuación.

Art. 154. Prejudicialidad penal. Cuando iniciado un proceso penal y el fallo que se deba dictar en él, haya de influir necesariamente en la decisión dentro de un proceso de la jurisdicción ordinaria de especialidad diferente a la penal, lo comunicará al juez que conoce de este, quien podrá decretar la suspensión, por el término legal que corresponda o hasta la ejecutoria de la providencia que ponga fin a la actuación procesal penal.

La prejudicialidad en sí se trata en varias providencias de nuestras altas cortes.

Así mismo, debe diferenciarse la responsabilidad penal del agente que es el tema de decisión en el proceso penal, de la responsabilidad administrativa que es materia de definición en el contencioso administrativo, dado que en aquella, la penal, el proceso asume las secuelas punitivas del hecho criminoso, en tanto que, en la segunda, al ser demandada, corresponde a la administración afrontar las consecuencias patrimoniales de la falla en la prestación de los servicios, responsabilidad que surge independientemente de la existencia y sanción del hecho punible.

Se distingue igualmente la responsabilidad penal de la administrativa, en cuanto la primera nace de la violación dolosa o culposa de una norma penal, mientras que la segunda surge de un hecho dañoso ejecutado por el Estado, el que puede o no ser constitutivo de una conducta penalmente reprochable. También se traslada esa diferenciación en cuanto al manejo probatorio de cada tipo de responsabilidad, si se tiene en cuenta que la responsabilidad penal no se presume, como sí se presume la inocencia, y que es imperativa su plena demostración, en tanto que la responsabilidad extracontractual administrativa, sí es susceptible de presunciones, hasta el punto de que en muchos casos es suficiente acreditar el hecho dañoso imputable a la entidad, el perjuicio y el nexo causal para declarar la responsabilidad estatal.

Pero además de lo anterior, observa la Sala que no siempre son las mismas partes las que intervienen en cada uno de los procesos y en este punto también difieren la acción penal de la administrativa. Mientras que en la actuación

penal intervienen el procesado, el defensor, el Ministerio Público y la Parte Civil cuando a bien lo tienen los perjudicados o la ley lo permite, en el proceso administrativo intervienen los pretendidos damnificados generalmente como demandantes y el ente público como demandado, con participación ahora más restringida del Ministerio Público. (Radicación 8585, de fecha 17 de marzo de 1994, Sección Tercera, Consejero Ponente, doctor Daniel Suárez Hernández)

El Consejo de Estado, en la sentencia de la que se transcribieron apartes, sobre la prejudicialidad, dijo:

En primer término, cabe recordar que como principio general la jurisprudencia de la Sección ha establecido que en cuanto se trate de responsabilidad administrativa fundada en una falla del servicio que derive de una conducta penalmente reprochable de un funcionario, la sentencia que decida sobre esa conducta no constituye necesariamente prejudicialidad forzosa para efectos de decidir acerca de la acción contencioso administrativa.

Tal entendimiento de la cuestión obedece a que entre una y otra acción, la penal y la administrativa, se presentan radicales diferencias en su contenido, filosofía, sujetos afectados, regulación legal y procedimental, sin desconocer, desde luego, que en la mayoría de los casos las sentencias penales inciden de manera muy importante en los fallos que profiere la jurisdicción contencioso administrativa. (Radicación 8585, de fecha 17 de marzo de 1994, Sección Tercera, Consejero Ponente, doctor Daniel Suárez Hernández)

Y la sentencia 816-01 de la Corte Constitucional, en su Referencia: expediente D-3377, Magistrado Ponente Dr. ALVARO TAFUR GALVIS.

3.2. La prejudicialidad desde una perspectiva constitucional

La Constitución Política rige los trámites judiciales no solo porque impone al juez y a las partes la necesidad de hacer realidad, en cada uno de los procesos, el postulado constitucional de la justicia Preámbulo artículos 1° y 2°-, sino porque también desarrolla aspectos concretos que hacen realidad tal imposición en los procedimientos, desde dos dimensiones: como garantías constitucionales y como derechos fundamentales de los actores del conflicto artículos 6°, 13, 29, 121, 113, 228, 229 y 230.

De ahí que el quebrantamiento de las disposiciones enunciadas, en los trámites de prejudicialidad (*prejudicare* y *praeiudicium*), en un sentido amplio, se

emplea para referirse a toda cuestión que el juez de la causa u otra autoridad judicial deba resolver en el curso del proceso, antes de la sentencia, incluso las excepciones., puede producirse porque las determinaciones legislativas relativas a la forma como se deben afrontar estas cuestiones no respeten la garantía constitucional del debido proceso, ya sea porque quebranten el derecho de defensa perpetuatio iurisdictiones, perpetuatio competiate), el objeto del juicio (perpetuatio obiectus) las partes involucradas (perpetuatio legitimationis) y las normas jurídicas aplicables al caso (perpetuatio iuris).

Al punto que sin desconocer que en muchos casos cuestiones nuevas deben ser debatidas, cuando los anteriores supuestos no pueden ser respetados, se ha optado porque la atribución del juez de la causa, respecto del asunto no comprendido desde un comienzo en la pretensión y, además de competencia de otra autoridad, se limite a lo estrictamente necesario para tomar la decisión que corresponda, limitando, a su vez, incidenter tantum, los efectos de la decisión. o el derecho, que asiste a los administrados, a obtener pronunciamientos definitivos, dentro de plazos razonables, en los asuntos judiciales que, directa e indirectamente, los involucran Preámbulo artículos 1º, 2º, 13, 29, 228, 229, 230 C.P.-(..) la decisión judicial tardía comporta en sí misma una injusticia, en cuanto mientras no se la adopte, los conflictos planteados quedan cubiertos por la incertidumbre, con la natural tendencia a agravarse, y no son resarcidos los perjuicios ya causados por una determinada conducta o por la persistencia de unas ciertas circunstancias, ni impartidas las órdenes que debieron ejecutarse para realizar los cometidos del derecho en el asunto materia del debate, por lo cual la adopción de las providencias judiciales que permitan el avance y la definición de los procesos corresponde a un derecho de las partes, o de las personas afectadas, y a una legítima aspiración colectiva la de asegurar el funcionamiento de la administración de justicia- cuya frustración causa daño a la sociedad. Sen. T-190 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo..

También se desconocería el ordenamiento constitucional de no incluirse disposiciones que permitan al Estado optimizar los recursos con que cuenta la administración de justicia y evitar al máximo, hasta donde ello fuere posible, las decisiones judiciales contradictorias, que además de ser fuente de inseguridad jurídica, le restan credibilidad a las decisiones artículos 6º 13, 113, 121 y 122 C.P.-.

De antemano se pueden prever las distintas soluciones por las que el legislador podría optar para enfrentar el problema ya enunciado. Así, siguiendo para el efecto la máxima romana el juez de la acción es el juez de la excepción podría

prever que la autoridad judicial competente para asumir el conocimiento de un asunto resuelva todo lo relativo al mismo, aunque los efectos definitivos se restrinjan a los aspectos de competencia del fallador por vía de acción - respetando, de esta manera, la especialidad de las distintas autoridades judiciales, entendida como un presupuesto de acierto en la decisión, y haciendo efectiva la garantía constitucional del debido proceso, en virtud de la cual debe haber claridad en la competencia, como en los alcances de la decisión, desde el inicio de la actuación.

También cabría la posibilidad de suspender la actuación en curso siempre que un asunto de trascendencia para la decisión, y de competencia de otra autoridad judicial, se encuentre pendiente de resolver con efectos de cosa juzgada material eliminado las decisiones contradictorias y aunando los esfuerzos de las distintas autoridades judiciales en el esclarecimiento de la verdad.

No obstante ante la posibilidad de limitar los efectos de la cosa juzgada, algunos sistemas, como el alemán y el austriaco, optaron por aplicar el principio de la unidad jurisdiccional en virtud del cual la presencia de un asunto pendiente, de competencia de otra autoridad, no permite suspender el proceso en razón de que cada juez resuelve todos los aspectos relacionados con el asunto, limitando *inter tantum*, los pronunciamientos relativos a aspectos no comprendidos dentro de la competencia.

En otros sistemas se ha optado por una unidad jurisdiccional relativa, esto es permitir a los jueces que se pronuncien sobre asuntos de competencia de otra autoridad, excepto en los casos que la ley prevea la suspensión (es la solución de la legislación argentina según la cual el juez penal puede conocer de todas las cuestiones antecedentes que se planteen en el curso del proceso, excepto las relativas a la validez o nulidad de los matrimonios y las que versen sobre la calificación de las quiebras de los comerciantes artículo 104.C.C).

También hay unidad jurisdiccional relativa, o prejudicialidad externa absoluta, cuando se prevé que los asuntos de una determinada jurisdicción nunca se suspendan, o solo excepcionalmente, en tanto los de las demás jurisdicciones siempre lo hagan en función de la primera (es la solución de la legislación española conforme con la cual, por regla general la competencia de los jueces penales se extiende para resolver las cuestiones civiles y administrativas propuestas, excepto las cuestiones prejudiciales civiles relativas a la validez del matrimonio y del estado civil en las que opera la prejudicialidad civil absoluta artículo 3º LECRIM, 10-1-2 LOPJ, artículos 362, 514, 1090, 1084 LEC-).

En nuestra legislación la suspensión por causa de cuestiones prejudiciales, aunque es la regla general admite excepciones, es el caso, a manera de ejemplo de los artículos 289 a 293 del C. de P. C., que permiten al juez civil resolver sobre la tacha de falsedad de un documento y del artículo 64 de la Ley 600 que permite al juez penal decidir, entre varias opciones, a quien le asiste el derecho a la restitución de un bien - en uno y en otro caso, sin perjuicio de que el juez competente pueda volver sobre lo mismo y decidir con efecto de cosa juzgada material el asunto.

No obstante, también se puede optar por una solución intermedia, esto es, reconocer a jueces y a tribunales competencia para fallar el litigio y todos los asuntos concernientes al mismo, incluyendo aquellos que surjan como presupuestos de la decisión incidenter tantum-; salvo en aquellas circunstancias especialmente previstas por el legislador, y siempre y cuando la suspensión no implique para las partes una carga procesal extraordinaria.

Respecto del proceso en cuestión, aún si llegara a probarse que existieron otros tipos de alteración en la historia clínica, no tendrían incidencia en el proceso actual de tipo disciplinario, puesto que en el documento clínico se encuentra la pieza probatoria del consentimiento que firmó la paciente y que fue motivo de peritazgo por parte de grafólogo forense, cuya principal conclusión es que la firma sí pertenece a la paciente L.R.DEL P.B.P..

Si se toma en cuenta esta pieza probatoria con las pruebas testimoniales que, en número de siete reposan en el expediente y que demuestran de manera fehaciente que se encontraba bajo efectos de sedación en el momento de estampar su firma, llevan a concluir que no pudo reconocer ni su propia letra por la acción neurológica del sedante preoperatorio. Y este hecho es aceptado por el propio disciplinado M.C., en su declaración respectiva y confirmado por otros tres testigos, llamados por el mismo médico en cuestión como parte de su defensa.

Desde el punto de vista probatorio, se mencionan dos hechos comprobados:

- Las pruebas de alteración de la historia clínica.

Es relevante mencionar detalles como la contradicción existente entre la afirmación del disciplinado respecto de la no participación del Dr. G.R. en la segunda intervención (folio 58, en donde se afirma que el mencionado doctor R. ingresó a la sala de cirugía para tener un simple diálogo con el disciplinado)

y la nota que obra a folio 22 (al reverso) en donde se habla de un segundo tiempo quirúrgico, con el Dr. G.R. como primer cirujano.

- Las pruebas sobre la invalidez del consentimiento solicitado a la paciente

A- En el folio 57 del cuaderno principal existe una CONFESIÓN por parte del médico disciplinado, en donde dice literalmente en la línea 21: "...pero esta firma fue realizada por la paciente que en ese momento bajo el efecto de Ativán..."

B- En el folio 57, a partir de la última línea, continuando en el folio 58 se encuentra: "...PREGUNTADO: Quiere decir esto que si la paciente cuando firmó su historia clínica estaba bajo el efecto preanestésico del Ativán, lo que aparentemente da una firma de la paciente no con las características de su firma usual, si ella vuelve a firmar en el momento antes de la cirugía con mas veras (sic) estaría bajo los efectos del Ativán deseo presentarle la firma que ella realizó en la hoja del consentimiento informado folio 31 para que usted la compare con la hoja de la historia clínica y me conteste al respecto. CONTESTO: Sí, hay diferencias pero es la firma de la paciente..."

C- Y el mismo C.E.M.C. es tan consciente del efecto distorsionador que poseen los sedantes en la percepción de los pacientes, que en el folio 59 afirma él mismo: "...Reitero que paciente premédicados con benzodicepinas cuyo objetivo es la ansiolisis y la amnesia como se observa en el 90% de estos pacientes no tienen una apreciación real u objetiva de detalles mínimos..." Por qué, si era consciente de tal alteración perceptiva y de conciencia de las paciente bajo efectos sedantes, procedió a tomarle la firma del consentimiento en ese estado?

D- En el folio 82, dentro de la declaración de la testigo G.R.G.R., enfermera del Centro de Medicina Biológica y Estética, dice: "...El paciente recibe Ativán la noche antes y antes del procedimiento, o sea que sí puede haber opción de que la firma ya habiendo tomado el medicamento..."

E- En la declaración de A.G.M., auxiliar de enfermería del Centro de Medicina Biológica y Estética se halla: "...PREGUNTADO: La historia clínica de esta paciente se realizó la noche anterior, el día antes o el mismo día de la cirugía? CONTESTO: La historia clínica la noche anterior, y el procedimiento informado (sic) el día de la cirugía, que casi siempre es así..."

F- En esa misma declaración, la deponente dice: "...se la tomó en la casa porque llegó somnolienta..."

G- En el folio 85, declaración de L.A.T.A., quien es testigo de la firma del consentimiento informado de la paciente R.DELP.B., este afirma: "...lo que yo noté era que estaba como relajada, como adormilada..."

El consentimiento que se incluyó en la historia clínica de la paciente es francamente viciado. Y si bien es cierto que el peritazgo de Medicina Legal determinó que la firma sí procedía de la paciente, eso solo confirma que se encontraba en tal grado de limitación de la voluntad por efectos del sedante administrado por M.C., que ni siquiera fue capaz de reconocer su propia firma.

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.

En los actos médicos, la situación es compleja. Una de las condiciones mínimas para que pueda existir un acto de consentimiento médico es la capacidad de la persona en el momento de consentir.

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 (Titulo II, Capitulo I, Artículo 14):

“El medico 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 este 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.

Al no obtener un consentimiento con base en la voluntad y la libertad de las personas, aquel se encuentra viciado de nulidad.

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.

Para que el error sea considerado como vicio del consentimiento se requieren varias condiciones, entre ellas que sea propulsor de la voluntad o que sea determinante del acto jurídico o contrato (Art. 1630 C.C).

Y en este aspecto específico es en donde encuentra la sanción su centro de gravedad respecto del actual disciplinado. *Dura lex, sed lex*

La Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Dr. Alejandro Martínez Caballero, en Noviembre 29 de 1995 (No. de Rad.: T-559-95)

Anteriormente se consideró que se presumía el consentimiento del paciente cuando el médico actuaba en beneficio de aquél, se llegó al extremo de creer en el consentimiento era irrelevante y el médico debería intervenir aún con la oposición del paciente porque estaba de por medio el deber del socorro. Este criterio fue revisado a fondo y hoy se acepta que en todo caso debe haber aceptación del paciente.

En la teoría de la información, vista desde el lado del enfermo, como policitado, la respuesta que el médico debe recibir a su ofrecimiento particularmente importante (caso de la readecuación de sexo) debe ser no solo expresa sino por escrito para que no quede la menor duda de que el paciente consentido. Por supuesto que se parte de la base de que es plenamente capaz el paciente y que su consentimiento no está viciado. Jean Penneau dice que solo el consentimiento del enfermo permite la actuación del médico. (...)

Dada la distancia científica que generalmente existe entre el médico y el enfermo, lo mínimo que se le puede exigir a aquél es que anticipadamente informe el paciente sobre los riesgos que corre con la operación o tratamiento o las secuelas que quedarían, con la debida prudencia, sin minimizar los resultados pero sin alarmar al enfermo en tal forma que desalentarla el tratamiento; es un equilibrio entre la discreción y la información que solo debe apuntar a la respuesta inteligente de quien busca mejorar la salud, superar una enfermedad o mitigar el dolor.

Antonio V. Gambaro pone de relieve en relación con el consentimiento que

tanto el ordenamiento francés como el ordenamiento americano reconocen la exigencia de que los actos médicos sólo se lleven a cabo en relación con el cuerpo del paciente después de que haya sido informado de las finalidades e ilustrado sobre las ventajas y riesgos de la terapia y, en fin exista el consentimiento expreso. Incluso la terminología con que esta exigencia viene expresada es análoga, se habla de 'informed consent' en U.S.A. y de 'consentement éclairé' en Francia. También las excepciones a la regla del consentimiento del paciente son tan obvias que resultan similares, aparece así mismo homólogo el punto de partida de la problemática del consenso cuya base se encuentra, tanto en Francia como en Estados Unidos, con la antigua idea jurídica y civil de que todo individuo es titular de un derecho exclusivo sobre el propio cuerpo.

Esto se ha llamado el CONSENTIMIENTO INFORMADO; no es otra cosa que la tensión constante hacia el porvenir que le permite al hombre escoger entre diversas opciones. Es la existencia como libertad: tomar en sus manos su propio devenir existencial.

En lo relacionado con falsedad en documento de consentimiento también cabe mencionar jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Fernando E. Arboleda Ripoll.
Fecha: Agosto 17 de 1995. No. de Rad.: S-8968

Por lo tanto, lo que define y sanciona la norma, a más de la mutación a la verdad, es el engaño al hacer creer al conglomerado social, a una parte de él, o a una persona en particular, que el documento que se exhibe como válido, representa de manera indiscutible la voluntad de su creador y, que por ello, debe ser tenido como medio de prueba del acto o contenido de voluntad que en él se incluye.

En este orden de ideas, si el documento falsificado tiene una precisa vocación probatoria, es ésta la que determina el uso que define el legislador, y no la utilización que le quiera dar de manera diferente el sujeto de la conducta. Pensar lo contrario, sería desconocer el alcance de este tipo penal con el que se pretende proteger la fe pública, pues se sancionaría no la utilización para el engaño, sino, simplemente, cualquier alteración de la verdad documental sin finalidad. Los vicios del consentimiento, de manera general, son el error, la fuerza y el dolo.

Libertad es la capacidad de autodeterminación. Determinarse es definirse

con conocimiento de causa, es desear que una razón específica se convierta en la razón de actuar en un momento dado. Quizás la mejor aproximación al concepto sea la que hace referencia a la libertad como la facultad de realizar algo por sí mismo, partiendo de la capacidad de autodeterminación del ser humano, que le confiere el poder de efectuar acciones determinadas con base en la razón y la voluntad, pero siempre respetando el bien común como limitación.

El acto libre se acompaña del brillo de la inteligencia, el control de la conciencia y el dominio de la voluntad. La persona es dueña de su intimidad y de la manifestación de la misma. Esto hace que sea libre y dueña de sus actos. 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 los 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 voluntad; 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.

Voluntad es el apetito de la razón y parte de la tendencia del ser hacia su perfección. Por lo tanto, no es simplemente un apetito instintivo, sino del conocimiento, en el cual interviene la inteligencia. De esta forma, el libre albedrío, base de la libertad, se basa en la voluntad.

El acto de la voluntad tiene tres fases:

- Fase de intención: Se desea un fin y se intenta alcanzarlo.
- Fase de elección: Se aceptan los medios para conseguir el fin y se escoge uno o varios.
- Fase de ejecución: Se ejecuta el acto y se obtiene el resultado.

2- PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA

Solicita el apoderado se declare la prescripción en el caso presente, pues en su concepto han transcurrido cuatro años desde la ocurrencia de los hechos. Basa su pretensión en jurisprudencias del Consejo de Estado, en donde se refieren a la prescripción para la acción de reparación directa y su aplicación analógica respecto de la responsabilidad fiscal.

Esto también constituye un error de apreciación, puesto que la Ley 23 de 1981 remite al Código de Procedimiento Penal en aquellos asuntos no contemplados en la norma ética. Y el Código Penal dice:

Artículo 83. Término 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.

En las conductas punibles que tengan señalada pena no privativa de la libertad, la acción penal prescribirá en cinco (5) años.

En todo caso, cuando se aumente el término de prescripción, no se excederá el límite máximo fijado.

Artículo 84. Iniciación del término 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.

Artículo 85. Renuncia a la prescripción. El procesado podrá renunciar a la prescripción de la acción penal. En todo caso, si transcurridos dos (2) años

contados a partir de la prescripción no se ha proferido decisión definitiva, se decretará la prescripción.

En providencias de este Tribunal Nacional de Ética Médica, se ha tratado con frecuencia del fenómeno de la prescripción. Una de ellas dice:

Por no tener la Ley 23 de 1981 disposiciones referentes a la prescripción, es necesario acudir a lo que disponga el Código de Procedimiento Penal, según taxativa norma contenida en el artículo 82 de dicha Ley y en el 47 del decreto reglamentario 3380 de 1981¹. Pero el Código de Procedimiento Penal tampoco tiene disposiciones relativas a prescripción de la acción, de modo que se hace necesario aplicar el principio de analogía para cumplir con las condiciones del debido proceso; así las cosas, se puede hacer remisión a dos estatutos diferentes que contemplan el asunto de la prescripción y que son el Código Penal y el Código Disciplinario o Ley 734 de 2002.

En sus decisiones más recientes, este Tribunal Nacional se ha inclinado por aplicar el artículo 30 de la Ley 734 de 2002² por dos razones: que es evidentemente más favorable para la persona o personas sub judice como lo quieren los principios constitucionales colombianos y que las faltas consideradas en la Ley 23 de 1981 guardan en su naturaleza similitud con las contempladas en la Ley 734 o Código Disciplinario vigente.

El nuevo Régimen Disciplinario de los Servidores Públicos (Ley 734 de 2002) contempla para los casos ordinarios de prescripción un término de cinco años.³

1- Artículo 82. En lo no previsto en la presente Ley, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.

Artículo 47, decreto 3380/81. En lo no previsto en la Ley 23 de 1981 y su reglamento se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.

2- Artículo 30. Término 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. En el término de doce años, para las faltas señaladas en los numerales 4, 5, 6, 7, 9 y 10 del artículo 48 y las del artículo 55 de este código. 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.-

3- Art. 30.- Término 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.-

En el término de doce años, para las faltas señaladas en los numerales 4, 5, 6, 7, 9, 10 del artículo 48 y de las del artículo 55 de éste código.-

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

Hoy con la norma disciplinaria vigente, no se menciona en ninguna parte la interrupción de la acción disciplinaria y no se podría mencionar porque es bien conocido el mandato constitucional según el cual, declarada inexecutable una norma, queda prohibido que pueda ser nuevamente reproducida por una nueva norma.⁴

El abogado Arciniegas Lagos solicita que se opere la prescripción en el presente caso, por cuanto subsume el proceso disciplinario dentro de la Jurisdicción contencioso administrativa. Ahora, sabiendo que los derechos prescriben y las acciones caducan, por qué con el mismo raciocinio no hace referencia a la acción de nulidad administrativa que no tiene término de caducidad?

Pobre ejemplo jurisprudencial trae en mención al tomar apartes de un proceso de responsabilidad fiscal, no porque la sentencia en sí misma lo sea, sino por la referencia a un asunto de infracción cambiaría para demostrar el aspecto probatorio de ese proceso.

NULIDAD POR VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO

Habla el libelista de la indignidad de la providencia en la cual se “menosprecia” el estudio de su defendido, M.C., a quien considera persona experta en cirugía plástica. Esta afirmación no merece mayor comentario, salvo el remitir al apoderado lector de providencias, a los acápites sobre impericia, *lex artis* y especialidad médica de las providencias por él declaradas “indignas”.

Basa su afirmación en dos aspectos:

- a- Comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso de su defendido
- b- A la violación del derecho a la defensa.

A- DEBIDO PROCESO

Se refiere al hecho de no haber tenido en cuenta el dictamen producido por el Instituto de Medicina Legal, Seccional Tolima, en donde se expresa que “...se

internacionales que Colombia ratifique.

4- Artículo 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la constitución.

encontró historia clínica, informe de procedimiento quirúrgico y consentimiento informado medicoterapéutico adecuadamente diligenciados...”

Analicemos dos aspectos de este peritazgo:

1- La historia Clínica debidamente diligenciada.

Cómo puede estar debidamente diligenciada una historia clínica que, primero no aparece en la diligencia de inspección judicial efectuada al denominado Clínica de Medicina Biológica y Estética, con el argumento de ser el misterioso doctor G.R. el encargado de “guardar bajo llave las historias clínicas quirúrgicas”? Interesante manera de archivo posee ese Centro Médico...

Y en caso de haberlo estado: Por qué se aduce entonces que existe falsedad en documento privado, cuando la aceptó el Instituto de Medicina Legal, el Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima y tácitamente el implicado en el proceso disciplinario? Luego aparecen una serie de circunstancias sospechosas respecto del manejo de este documento esencial. Pero en su momento, fue aceptado por todas las partes.

Por supuesto, frente a estas irregularidades, el propio Tribunal Seccional abrió su investigación disciplinaria interna con el objeto de esclarecer los hechos, lo cual era obligatorio de su parte.

Posteriormente el apoderado del médico M.C., , inicia el proceso penal que refiere en su recurso de apelación y sobre el cual basa la prejudicialidad, de la cual ya nos ocupamos atrás.

2- El consentimiento informado

Aduce el apoderado que no se tuvo en cuenta la prueba pericial grafológica respecto de la firma que la paciente proporcionó como declaración de conocer a la perfección los riesgos y complicaciones del procedimiento a practicar por el médico general dedicado a actividades de cirugía plástica.

Lo más importante en materia probatoria que reposa en el expediente es lo que se refiere a la forma en que fue tomado el consentimiento informado. Para ello remitimos al acápite sobre pruebas en esta contestación al recurso de reposición.

Y en esto el apoderado del disciplinado incurre en una pésima apreciación por varias razones

A- No se toma dicho consentimiento en el momento de explicarle a la paciente el procedimiento quirúrgico.

B- Se toma de manera viciada, con la paciente bajo efectos de medicación sedante y con testigos no relacionados con la paciente misma.

C- La prueba es que la propia paciente desconoce al comienzo su firma. Lógico, porque no se encontraba en sus cinco sentidos al momento de firmarlo y luego debe buscarse un perito para que determine que sí es de la paciente.

D- La prueba pericial demuestra que la paciente sí la escribió pero era tal su estado de desorientación que ni siquiera la reconoció. Y la calidad de su propia firma era de tal deterioro, que tuvo que acudir al grafólogo para declarar que sí correspondía a la paciente.

E- No es cierto que no se haya tenido en cuenta esta prueba, pues en todas las providencias se insiste en la forma viciada y atrevida de tomar un consentimiento para procedimiento quirúrgico, cuando la persona que va a ser intervenida se encuentra bajo sedación

B- DERECHO A LA DEFENSA.

Como se ha mencionado, el apoderado Arciniegas Lagos menciona y transcribe grandes porciones de una jurisprudencia relacionada con responsabilidad fiscal en relación con infracción cambiaria, para relacionar lo propio con la consideración que sobre pruebas trae la mencionada providencia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda

Fecha: Abril 8 de 1997

No. de Rad.: 8815-97

1.- De manera reiterada y pacífica ha venido sosteniendo la doctrina de esta Sala de la Corte en relación con el tema de la violación al derecho de defensa por el no decreto o práctica de pruebas, que no es cualquier omisión en el decreto o práctica de esos medios la que genera nulidad de la actuación, sino

aquella que efectivamente vulnera el principio de la investigación integral, según el cual se ha de averiguar tanto lo desfavorable como lo favorable al procesado, evacuando las citas que éste haga para su excusa, y haciendo efectivo el derecho de contradicción.

Por ello mismo no basta con que en esta sede se haga un listado de los elementos que pudieron complementar el acervo probatorio pero que por diversas causas fueron omitidos, sino que se precisa cotejar la conducencia probatoria, además de la trascendencia de los medios faltantes en cuanto incidan sobre los hechos fundamentales del proceso y tengan su repercusión en la sentencia, por lo que de tiempo atrás se tiene dicho que

No basta anotar la ausencia de pruebas oportunamente solicitadas o practicadas defectuosamente, para deducir de allí en forma absoluta el fenómeno de la nulidad suprallegal. Es necesario demostrar, de modo objetivo y simple, que ellas tenían el valor de descalificar todos los fundamentos de la sentencia (Casación de agosto 28 de 1980, M. Ponente Dr. Gustavo Gómez Velázquez). De tal manera que es carga del libelista cotejar lo que aparece en el proceso y recoge la sentencia, con lo omitido, pero además la de entrar a demostrar la repercusión que los medios ausentes tendría para contrarrestar elementos incriminatorios, sin descuidar que tal enervamiento debe alcanzar la totalidad del recaudo probatorio considerado en el fallo, en cuanto bien pueden subsistir, pese a una disvirtuación parcial, elementos de convicción indemnes que den base a su eficacia, haciendo por consiguiente inoperante el ataque.

PROHIBICIÓN DE CONDENA POR RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Nuestro ordenamiento penal ha determinado expresamente en una de sus normas rectoras: artículo 5°. “Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”.

Vamos a ver lo que significa: En épocas anteriores, se castigaba al médico simplemente por el hecho de haberse producido un daño. 2.000 años antes de nuestra era, en el ordenamiento penal más antiguo de que se tenga noticia, se establecía: “Si el paciente, operado de la herida grave o del ojo, muere o pierde el ojo, se le cortarán las manos al médico” (Código de Hammurabi). Es decir, únicamente por el hecho de producirse un resultado dañino, el médico debía responder. Es lo que se entiende por “responsabilidad objetiva”.

Obviamente el desarrollo de la cultura ha ido dando paso al principio de la responsabilidad subjetiva para castigar al hombre únicamente en el evento de que pueda demostrarse que incurrió en una falta de atención no excusable. Ese elemento interno, ese querer, esa voluntad de hacer o no hacer, que dirige la conducta, es la base de la responsabilidad penal en nuestro Derecho. Sin el nexo psicológico entre lo realizado con voluntad y el daño causado, no es posible estructurar un juicio de reproche.

Subsiste, fuera de la órbita penal, un intento por condenar al médico con base en criterios objetivos: el daño, por ejemplo, en materia administrativa. Pero estos intentos están llamados a fracasar en la medida en que se entienda que el médico es un hombre y que, como tal, puede fallar sin culpa MAL PUEDE HABLAR DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA CUANDO EL DAÑO PRODUCIDO PUEDE SER CONSIDERADO MÍNIMO. LO QUE SE EVALÚA EN ESTE DISCIPLINARIO ES LA FORMA COMO SE ACTUÓ Y LA MANERA COMO SE OBTUVO EL CONSENTIMIENTO INFORMADO, NO SOLO VICIADO DE NULIDAD, SINO CLARAMENTE IRREGULAR Y ANTIÉTICO.

LA CULPA PENAL

El reproche de culpabilidad nace o se radica en el hecho de que al autor se le pudo exigir otra conducta conforme a derecho, ya que realizó dicha acción, sin ningún tipo de coacción, es decir, actuó con libertad y pudo elegir. Esta concepción del derecho penal es el llamado derecho penal de culpabilidad y para admitir que a un sujeto se le pueda hacer un reproche, es necesario presuponer que el sujeto tiene la posibilidad de elegir, es decir, de autodeterminarse. Para este derecho el de culpabilidad, se tiene la concepción respecto del hombre, como un ser con autonomía.

Una vez se tenga una conducta típica y antijurídica en un sujeto imputable, se debe establecer si el sujeto que la cometió es susceptible de haberlo hecho con culpa o no. Es decir, si llena los requisitos de reprobabilidad de esa conducta antijurídica, es decir, en la posibilidad de exigencia social por parte de quienes tienen capacidad de autodeterminación respecto de actuar conforme al deber y a las normas jurídicas.

Actuar con culpa es hacerlo violando las normas de cuidado exigibles a cualquier miembro de la sociedad que actuare en las mismas circunstancias, pero de manera prevenida y cuidadosa.

Por la especialidad del arte de la medicina, hemos dicho que, cuando se pretenda verificar si el obrar del médico ha sido correcto o no, éste debe juzgarse partiendo del supuesto de lo que haría un profesional igualmente calificado en circunstancias similares, ya que no sería ni prudente ni justo hablar del cuidado de cualquier padre de familia o persona cuidadosa, pues en casos como estos, se impone el tener un conocimiento determinado sobre el tema para poder saber si lo que se hizo fue o no lo correcto.

LOS ANTECEDENTES DEL DISCIPLINADO

El artículo 54 con el Decreto 3380 de 1981, Reglamentario de la Ley 23 de 1981, ordena tener en cuenta los antecedentes disciplinarios del transgresor, que en el caso presente se encuentran presentes, pues el Doctor M.C., registra antecedentes disciplinarios contenidos en los archivos 048 y 096 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima. Este último ascendió en apelación al Tribunal Nacional de Ética y se radicó bajo el número 704 de 2002, en donde se ratificó la sanción impuesta al mencionado doctor C.E.M.C., consistente en censura verbal y pública.

Vale la pena mencionar algunos hechos de este proceso previo en contra del disciplinado.

El 25 de Octubre de 1999 se recibió en el Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima la queja escrita que los doctores J.C.F., A.P.N, C.C. Y C.A., presentaban contra el doctor C.E.M.C, porque según los quejosos es “médico general quien ofrece y realiza procedimientos de cirugía plástica, tales como liposucción”, los que practica en “el Centro de Medicina Estética Biológica, ubicado en la ciudad de Ibagué” y que según “datos suministrados por la Secretaría de Salud de Ibagué el establecimiento manejado por el Dr. M. sólo está registrado como consultorio médico”; señalan ellos que “estos hechos a nuestro juicio son muy graves, ya que atentan contra la integridad física y aún la vida de muchos pacientes” y agregan que “varios cirujanos plásticos que hacen parte de la Sociedad Tolimense de la especialidad han recibido amenazas telefónicas por parte del doctor M.C., quien expresa que tiene conformado un pool de abogados dispuestos a reunir pacientes de cirugía plástica, no satisfechos con su resultado postoperatorio, con el fin de entablar demandas a los cirujanos plásticos de la ciudad.

Así mismo menciona que piensa a través de publicidad escrita (prensa) captar pacientes que deseen por algún motivo entablar demanda contra

los integrantes de la Sociedad de Cirugía Plástica”. La mencionada queja, a la cual venía adjunta una copia de la primera página del periódico “El Nuevo Día” correspondiente al 17 de octubre de 1999, no traía la firma de la doctora C.A. y fue presentada personalmente por el doctor P.N., quien anotó al pie de su firma el número de su cédula de ciudadanía. En la mencionada página de periódico aparece un anuncio de una pulgada por una columna cuyo texto es:

“Cirugías Plásticas...¿Ha tenido problemas con la cirugía plástica en el Tolima? Su caso será resuelto por prestigiosos cirujanos extranjeros, con asesoría de abogados especializados. ¡Usted no asumirá ningún costo! Teléfono celular: 033 2823471”.

En Sala Plena del 27 de Octubre de 1999, el Tribunal seccional decidió abrir investigación ético-disciplinaria para determinar “si existió violación a la Ley 23 de 1981, en qué consiste ésta y quién o quienes son los responsables, así como las circunstancias en que ocurrieron los hechos”; se radicó bajo el número 096 y se repartió para su instrucción, la cual se inició al día siguiente.

El quejoso doctor A.P.N., médico identificado con la cédula de ciudadanía ... expedida en Bogotá, registro médico... Letra P Folio 218 L 2 de la Secretaría de Salud del Tolima, ratificó y amplió su queja en diligencia del 3 de diciembre de 1999; dijo que la llamada telefónica amenazante la recibió el miércoles 13 de Octubre de 1999 y que igual cosa sabía que había sucedido con los otros tres firmantes de la queja; también afirmó que, a raíz de la afirmación telefónica hecha por el doctor M.C., en el sentido de que en su Centro tendría una sala de cirugía completamente dotada para realizar los procedimientos, “personalmente llamé a la Secretaría de Salud donde se me informó que el consultorio del Dr. M.C., solo está reglamentado para la realización de consultas médicas pero no para realizar procedimientos quirúrgicos de ninguna índole”. Además, hizo notar otro anuncio también publicado en el periódico “El Nuevo Día” de Ibagué, en el cual el doctor M.C., afirma que “estará en un intercambio quirúrgico en Buenos Aires (Argentina)”, lo que consideró falso porque en su sentir un intercambio sería ocasión para que el doctor M.C., practicara cirugías en la Argentina, lo que “no le es permitido a médicos extranjeros...en Argentina” y por ello “ponemos en duda la idoneidad (sic) de la publicidad que el doctor M.C., es (sic) sacando a la luz pública”.

El Tribunal solicitó al señor gerente del periódico “El Nuevo Día” certificación sobre el nombre completo de la persona que ordenó la publicación del aviso de

primera página transcrito atrás; la respuesta, firmada por el gerente Antonio Melo Salazar y fechada a 9 de diciembre de 1999, informa que tal aviso “fue ordenado por el Centro de Medicina Biológica y Estética”.

Como el magistrado instructor lo interroga sobre el aviso en el periódico, varias veces mencionado, afirma que la interpretación que le dan los quejosos es solamente producto de “la rivalidad y los enfrentamientos” que han partido “por parte de ellos, quienes han promovido procesos en contra mía...”, luego de lo cual procede a argumentar contra varias organizaciones regionales y nacionales de cirujanos plásticos porque considera que hacen publicaciones violatorias de la libre competencia entre profesionales. Admite explícitamente que sí autorizó la publicación del aviso y que en éste “no hay nada típico en contra de un cirujano o sociedad de cirujanos y no se ha concretado siquiera una falta contra la ética médica porque jamás ha resultado una demanda como consecuencia de eso”.

La diligencia de descargos se llevó a cabo el día 22 de Marzo de 2001 y aparece a folios 97 a 100; el apoderado del disciplinado sustituyó el poder en el abogado Orlando Arciniegas Lago, por lo que fue éste quien tomó parte en la diligencia. El disciplinado, doctor M.C., aceptó de inmediato ser el responsable de la publicación del aviso pero señaló que “En ningún momento considero una afrenta a los intereses gremiales, grupales o de colegaje” porque médicos que no son cirujanos plásticos pero efectúan esta clase de operaciones, como los que él había señalado en las páginas amarillas del directorio telefónico, “en ningún momento estas personas especialistas reconocidos de la región se han sentido aludidos por la publicación”.

Tras decir que hay en cambio persecución hacia él, declara: “la intencionalidad de dicho aviso en ningún momento era crear temor, ni generar demandas como dichos personajes tienden a interpretarla de una manera muy subjetiva, el objetivo de dicha publicación era la canalización de pacientes que tuvieran algún problema que se hubiera intervenido o no, como las enfermedades congénitas o cirugías secundarias hacia especialistas extranjeros de los cuales soy discípulo, como son el doctor Ivo Pitanguy, doctores Fernando Ortiz Monasterio, José Juri, Steve Hopin entre otros para la resolución de los problemas de dichos pacientes y ante lo cual no considero que se deba de privar de esta posibilidad de beneficios, hasta la fecha no se ha canalizado ningún paciente como tampoco se han generado demandas por el supuesto conocimiento de anormalidades en el ejercicio de la cirugía plástica por los colegas de la región”.

La queja presentada contra el médico general C.E.M.C., cuya identidad y calidad profesional está probada con sus documentos de identidad y su propia declaración, contiene aspectos relativos a presunta mala práctica que consistirían en la realización de algunos procedimientos de cirugía estética sin tener los estudios de la especialidad quirúrgica correspondiente, y otros relacionados con actos que podrían lesionar la lealtad y consideración entre colegas, que el artículo 29 de la Ley 23 de 1981 señala taxativamente como fundamento esencial de las relaciones entre médicos.

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

RESUELVA

ARTICULO PRIMERO: NO REPONER la providencia No. 27-2003 de fecha 10 de junio del año 2003, impugnada por el doctor C.E.M.C. ARTICULO SEGUNDO: CONCEDER ante el Ministerio de la Protección Social la apelación subsidiariamente interpuesta.- NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

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

Bogotá, junio catorce (14) del año dos mil once (2011).

SALA PLENA SESIÓN No. 1090 DEL CATORCE (14) DE JUNIO DEL AÑO DOS MIL ONCE (2011).

REF: PROCESO 931-06 DEL TRIBUNAL SECCIONAL DE ÉTICA
MÉDICA DEL VALLE DEL CAUCA
DENUNCIANTE: Sra.. E.E.P.
DENUNCIADO: Dres X.E.A.H. y J.J.C.S.M.
ASUNTO: APELACIÓN CONTRA SANCIÓN

Providencia No. 56-2011

Magistrado ponente. Dr. Fernando Guzmán Mora

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca en sesión de 23 de febrero de 2011 decidió no aceptar los descargos planteados por los doctores X.E.A.H. y J.J.C.S.M., por hechos ocurridos en septiembre de 2006 y denunciados por la señora E.E.P. En consecuencia condenó al doctor X.E.A.H., de profesión Cirujano Plástico y Reconstructivo, identificado con cédula de extranjería número ... y Registro Médico ..., 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 J.J.C.S.M., médico especialista en anestesiología, identificado con cédula de ciudadanía número ... de ... y con Registro Médico número ... 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 cédula de ciudadanía número 79.744.907 de Bogotá y Tarjeta Profesional número 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 Ética Médica. 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 L.P. fue atendida por los doctores X.E.A.H. y J.J.C.S.M. en la Clínica Ortiz Monasterio de la ciudad de Cali.

Las hijas de la paciente fallecida, señoras E.S.E.P. presentaron queja ante el Tribunal Seccional de Ética Médica 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 L.P. 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 presentó bradicardia y posteriormente paro cardíaco que no respondió a maniobras de todo tipo.

PIEZAS PROCESALES

- 1- Ratificación de la queja presentada por las señoras E. y S.E.P., hijas de la paciente L.P.
- 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 H.P.G, 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 X.E.A.H., 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 A.H, en donde acepta que no participó en la firma del consentimiento previo a la cirugía de la paciente.

8- Descargos del anesthesiólogo S.M., en donde admite que hubo deficiencia en la comunicación entre cirujano y anesthesiólogo antes de la cirugía.

9- Decisión de sanción a los médicos encartados. Al cirujano A. con suspensión en el ejercicio de la medicina por espacio de un mes. Y al anesthesiólogo S.M. de Censura Escrita y Privada.

EL RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO APELACIÓN

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 ÉTICA MÉDICA.

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 más 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 “

DEFINICIÓN

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 más 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 sobrevivencia 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- INFORMACIÓN 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 último, 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 médica: “El derecho del paciente a autodecidir marca los límites 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 años el 88% de los médicos no revelaban el diagnóstico 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 por convertirse en dolo cuando una sola de las partes se da 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 acudir 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 acudir 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 ÉTICA MÉDICA en uso de las atribuciones que le confiere la Ley.

RESUELVA

ARTICULO PRIMERO. CONFIRMAR como en efecto confirma la decisión sancionatoria contra el doctor X.E.A.H., identificado con cédula de extranjería número .. y Registro Médico .., 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 J.J.C.S.M., identificado con cédula de ciudadanía número ... de ..y con Registro Médico número .. 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

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

Bogotá, junio veintinueve (29) del año dos mil diez (2010).

SALA PLENA SESIÓN No.1049 DEL VEINTINUEVE (29) DE JUNIO DEL AÑO DOS MIL DIEZ (2010).

**REF: TRIBUNAL SECCIONAL DE ÉTICA MÉDICA DE BOGOTÁ
PROCESO 3350-B
DENUNCIANTE: SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD. (SR. GVL)
DENUNCIADO: DR.R.R.R**

**Providencia No. 59-2010
Magistrado ponente : Fernando Guzmán Mora**

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá, en sala plena de Marzo 3 de 2010, declaró que el Dr. R.R.R, identificado con cc de, incurrió en violación de los artículos 34, 15 y 16 de la Ley 23 de 1981.

En consecuencia decidió sancionar al acusado con suspensión en el ejercicio de la medicina por el término de un mes.

Dentro de términos legales, el médico condenado elevó recurso de apelación por ante el Tribunal Nacional de Ética. Repartido por sorteo, correspondió al Magistrado FERNANDO GUZMÁN MORA, quien procede a resolver el recurso con base en los siguientes:

HECHOS

La paciente NPT, de 29 años, fue admitida el 17 de mayo de 2005 en el hospital Pablo VI de Bosa,, con cuadro de vómito y dolor abdominal. La ecografía abdominal indico colecistitis aguda, colelitiasis y coledocolitiasis. Recibió líquidos parenterales y antiespasmódicos, siendo remitida en horas de la noche al Hospital de La Victoria.

Al día siguiente es valorada por el Dr.R.R.R., quien la interviene quirúrgicamente a las 13 horas del 19 de mayo, practicando colecistectomía. Durante el procedimiento se produce lesión de la arteria hepática y del conducto colédoco, con extenso sangrado. Se logra controlar la hemorragia y se efectúa reparación de la vía biliar, saliendo estable hemodinámicamente de salas de cirugía a las 19:30.

A las 20:20 presenta paro cardiorrespiratorio, del cual es recuperada, pero se hospitaliza en la UCI en coma superficial. En su evolución presenta falla renal y hepática, así como encefalopatía isquémica y metabólica que la lleva a muerte cerebral, falleciendo el 27 de mayo.

La necropsia efectuada por patólogos del Hospital de La Victoria demostró colestasis canalicular y hepática, necrosis tubular aguda renal, infarto de miocardio de tres a siete días de evolución y encefalopatía hipóxica.

Se lleva a cabo investigación administrativa en contra del Hospital de La Victoria el 27 de septiembre de 2007, ordenándose el cese de todo procedimiento y remitiendo el caso al Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá, para investigar la conducta de los médicos involucrados.

Es designado como magistrado instructor el Dr. Alberto Barreto Vélez el 10 de octubre de 2007 quien adelanta la investigación preliminar mediante auto del 10 de octubre de 2007 (folio 293 del cuaderno principal).

Luego de investigación formal, el 16 de diciembre de 2009 se formulan cargos en contra del encartado (folios 348 a 350 del cuaderno principal).

No se encuentra un documento de consentimiento informado diligenciado personalmente por el médico tratante, ni la constancia de información de la situación de la enfermedad y el plan quirúrgico a la paciente. Solo se halla un formato de autorización pre impreso, el cual no constituye un acto medico.

Presentados los descargos, no son de recibo por el tribunal seccional y se condena al dr. RR a sanción de suspensión en el ejercicio de la medicina por espacio de un mes por atropello a la autonomía de la paciente al no haber sido informada del riesgo previsto y no haberse completado el acto medico de consentimiento informado, lo cual el acusado califica de “meras formalidades”.

El libelo de apelación consta en los folios 378 a 383 y los argumentos en el contenidos se resumen en la siguiente forma:

- 1- Los medios de prueba no fueron idóneos. Esto incluye la versión libre y espontánea y los oficios (citorios, autos o providencias).
- 2- La transgresión del principio de in dubio pro reo al no creer en la palabra suya que afirma que sí informó a la paciente sobre los riesgos y posibles complicaciones de la intervención.
- 3- Que el hecho de no aparecer la firma no es relevante como prueba.
- 4- Que la ausencia de notas sobre la evolución de la paciente en la historia clínica tampoco es elemento decisivo en la condena.
- 5- Que no se mencionan cuáles son las evidencias de falta de conservación del principio de autonomía, pues no se mencionan en el fallo.
- 6- Que debe tenerse consideración con el condenado, al tener como único medio de subsistencia el ingreso que devenga como cirujano del Hospital de La Victoria.

La petición del encartado es que se reduzca el termino de la pena a quince días, por no tener antecedentes previos, ser cabeza de familia y haber obrado de buena fe.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

LAS PRUEBAS EN EL PROCESO ÉTICO DISCIPLINARIO

La prueba sirve para acusar y condenar y para absolver a las personas. Está presente en la vida del ser humano desde que nace y aún hasta después de su muerte. La prueba jurídica es el todo mientras que la prueba judicial es una de las especies del universo llamado prueba jurídica.

El tema de la prueba en cada proceso son los hechos que constituyen el requisito sine qua non para argumentar cualquier pretensión. Son el relato histórico de lo que ha ocurrido.

Diferentes medios de prueba aceptados en derecho por vía de enumeración el legislador colombiano ha nominado los siguientes:

- 1- La declaración de terceros (prueba testimonial).
- 2- Declaración de parte (demandante, demandado, terceros intervinientes).
- 3- Inspección judicial o diligencia de reconocimiento.
- 4- Documentos públicos o privados.
- 5- Dictamen pericial.
- 6- Indicios.

PRINCIPIOS DEL DERECHO PROBATORIO

Permiten a cualquier administrador de justicia o abogado litigante sabiéndolos manejar el pleno éxito de sus actividades, porque son guías o directrices para manejar los medios de prueba:

PRINCIPIO DE LA NECESIDAD DE LA PRUEBA: Toda decisión judicial debe basarse, estructurarse en las pruebas allegadas oportunamente al proceso o solicitadas su práctica para que hagan parte del proceso.

PRINCIPIO DE LA UNIDAD DE LA PRUEBA: El Magistrado está en la obligación de analizar cada uno de las pruebas, debe confrontar testimonio con testimonio, documento con documento y al final llegar a una conclusión, a una sentencia. A través de los medios de prueba se debe hacer una idea clara y real para conocer la verdad. Puede decretar pruebas de oficio.

PRINCIPIO DE LA EFICACIA JURÍDICA Y LEGAL DE LOS MEDIOS DE PRUEBA: Se basa en el artículo 29 de la Constitución Nacional que establece el debido proceso, a través de la prueba legal que produce efecto jurídico. Si no es constitucional, la prueba es nula y por lo tanto inaplicable. Todo medio de prueba tiene eficacia constitucional (ART. 29 CN), si una ley es contraria a la Constitución Nacional se aplica la excepción de inconstitucionalidad. La prueba jurídica produce el efecto que la ley determina.

PRINCIPIO DE LA COMUNIDAD O DE LA ADQUISICIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA: Las pruebas decretadas en un proceso ya hacen parte

del proceso. Es decir todas las pruebas incorporadas, decretadas, valoradas, solicitadas hacen parte del proceso y no del que las aportó o solicitó.

Si las pruebas son tachadas de falsas en un documento, pueden solicitarse no tenerse en cuenta en el proceso, pero el funcionario debe compulsar copias para iniciar un proceso penal.

PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN: Es la facultad que tienen las partes que intervienen en un proceso de controvertir cualquier medio de prueba. Si la prueba no ha sido controvertida, se llama prueba sumaria.

PRINCIPIO DE LA LIBERTAD EN LA SELECCIÓN DEL MEDIO DE PRUEBA: La escogencia del medio de prueba no es limitada, tiene que estar ceñida a la conducencia, pertinencia y utilidad del medio de prueba. Es un condicionamiento. Por ejemplo: No se puede probar el derecho de propiedad con un testimonio, necesariamente debe hacerse mediante escritura pública, igualmente la existencia de cualquier sociedad, a excepción de la ley 54 de 1990 se constituye por escritura pública. Todas las partes del proceso pueden escoger su medio de prueba que le sea más útil, pero debe ser útil, pertinente y conducente.

1. Conducencia: Aptitud legal, jurídica y constitucional de un medio de prueba para llevar al funcionario judicial a la certeza y pleno conocimiento que el contrato, convención, hecho jurídico o negocio jurídico existe o no existe. Admite casación. Está ligado el principio de la eficacia.

2. Pertinencia: Cuestión de hecho no de derecho, como si lo es la conducencia. Es la relación causal entre el hecho que se investiga en cualquier proceso y lo que comunica el medio de prueba. No admite casación. En materia de casación cuando hay error de derecho (conducencia) no cuando hay error de hecho (pertinencia).

3. Utilidad: La prueba indeterminada no sirve para nada mientras la útil sirve para probar uno o varios hechos

PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN:

Esta relacionado con otros principios: principio de imparcialidad (decreto y práctica de pruebas), dirección y valoración de los medios de prueba. Consiste la intermediación en que el funcionario judicial está en relación

directa con las partes que intervienen en el proceso (sujetos procesales que piden o aportan pruebas, como las partes en la confesión y declaración de parte, peritos, testigos) y con los órganos de prueba.

PRINCIPIO DE LA LEALTAD O VERACIDAD: Tiene que ver con el principio de la buena fe. Aportando documentos legales y veraces. No debe llevar documentos falsos, testigos arreglados, que no haya ninguna clase de prevendas.

ETAPAS DE PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA:

Todo medio de prueba sin excepción tiene un recorrido o trayectoria y a medida que se van agotando ese recorrido se van agotando las etapas previas de la producción de la prueba hasta llegar al agotamiento de la prueba.

Son la secuencia o itinerario que va desde la solicitud de la prueba en la oportunidad que indique el legislador hasta la producción de la prueba, pasando por la admisión, el decreto, la producción, la asunción, la contradicción de la prueba.

PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA:

Se integra de:

1. Averiguación o investigación. De hechos:

Se deben tener en cuenta los requisitos intrínsecos o endógenos de cada medio de prueba:

- a. Conducencia de la prueba
- b. Pertinencia: Relación de hecho que debe existir entre la prueba y lo que estamos probando, lo que comunican el hecho con la prueba.
- c. La utilidad de la prueba: Cuando no sobra
- d. Que la ley no prohíba investigar el hecho (el amante no puede alegar paternidad)

Además debe tener los requisitos extrínsecos:

- a. Oportunidad procesal o ausencia de preclusión dentro de los términos, para solicitarla.

- b. Legitimación del funcionario judicial que conduce ese proceso en cualquier rama del derecho. El rector del proceso jurisdicción y competencia.
- c. Las formalidades de tiempo, modo y lugar.
- d. Legitimación de los sujetos de la actividad probatoria. Capacidad de los sujetos de la actividad probatoria.
- e. Capacidad de los órganos que producen la prueba (mayor de 12 años a excepción de penal, donde puede declarar menores de doce años).
- f. El funcionario judicial debe estar sano mentalmente.

Cualquier falencia de los requisitos extrínsecos o intrínsecos afectan la producción de la prueba.

2. Protección de los medios de prueba o aseguramiento o defensa del medio de prueba:

Todo medio de prueba sin excepción debe asegurarse y protegerse. Si no se hace, la investigación no conduce a ningún resultado, o se pierda el medio de prueba.

HECHOS EXENTOS DE PRUEBA:

1. Hechos admitidos o confesados por ambas partes ART. 177-186-201.
2. Hechos presumidos legalmente ART. 176.
3. Hechos cuya prueba prohíbe la ley por efectos de moralidad ART. 178.
4. Hechos materia de cosa juzgada o decisión en firme, excepto cosa juzgada formal.
5. Hechos impertinentes o relevantes ART. 178.
6. Negaciones o afirmaciones indefinidas ART. 177.
7. Hechos notorios.
8. Leyes de carácter nacional.

EL PRINCIPIO DE INDUBIO PRO REO

Nos referimos a una sentencia emanada de este tribunal hace varios años:

REF: Proceso disciplinario ético-profesional No. 891 de Tribunal de Ética Médica de Bogotá

Denunciante: xxxx

Contra médicos de la Clínica San Pedro Claver

PROVIDENCIA No. 04-2001.

Magistrado Ponente: Doctor Hernando Groot

Liévano

Debe precisarse que en los ordenamientos procesales anteriores al actual código de procedimiento penal existían tres opciones de calificación - sobreseimiento definitivo, temporal y auto de proceder y posteriormente, acusación, preclusión o reapertura - y en tales circunstancias en vigencia de tales ordenamientos no era posible acudir al in dubio pro reo en el momento de la calificación, puesto que siempre existía la posibilidad de poder despejar la dudas mediante la reapertura de la investigación.

Hoy cuando las posibilidades calificatorias son solamente las de acusación o preclusión, es claro que surge evidente la posibilidad de acudir al in dubio pro reo, porque ante la terminación del período investigativo, el funcionario no tendría ninguna otra opción probatoria para descartar la duda existente y consecuentemente se impone la preclusión por el reconocimiento de ésta garantía.

Es claro que aludimos a ésta opción cuando no se dan los requisitos probatorios para que se pueda producir la resolución de acusación, porque si se dan estas exigencias probatorias, se debe producir la acusación y las lagunas probatorias que pudieren existir en relación a otros aspectos, podrían perfectamente ser subsanadas en la etapa probatoria de la causa.¹

1- Art. 441.- *Requisitos sustanciales de la resolución de acusación. El fiscal dictará resolución de acusación, cuando esté demostrada la ocurrencia del hecho y existan confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que comprometa la responsabilidad del imputado.-*

Art. 442.- *Requisitos formales de la resolución de acusación. La resolución de acusación tiene carácter interlocutorio y debe contener:*

1) *La narración suscita de los hechos investigados, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que los especifiquen.*

2) *La indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación.*

Es evidente igualmente que en la sentencia, cuando ya se han agotado todos los períodos probatorios, el juez debe inclinarse por la absolución, cuando le surjan dudas sobre la existencia del hecho, su ilicitud, la autoría o participación y la responsabilidad, dando aplicación al principio del in dubio pro reo.

Miranda Estrampes nos dice en relación con las deficiencias probatorias que:

“Las soluciones concretas a las situaciones de ausencia de prueba o incertidumbre fáctica son diferentes según se trate del proceso civil o del proceso penal...”

“ En el proceso penal no tiene lugar, como hemos indicado, una distribución de la carga de la prueba. Tradicionalmente la solución a las situaciones de falta de prueba viene determinada por la aplicación del principio in dubio pro reo. Así, se considera que entre la alternativa de absolver a un culpable o condenar a un inocente la conciencia colectiva sufre menos cuando se opta por lo primero que no cuando se condena a una persona inocente. El principio del in dubio pro reo puede formularse, también, en los siguientes términos: quien afirme la culpabilidad de una persona debe probarla, en cuyo caso, en los supuestos de ausencia de prueba de la culpabilidad deberá absolverse al acusado”²

Discrepamos frontalmente de nefasta praxis de algunos funcionarios judiciales, que en el momento de estudiar de fondo el proceso para proferir la calificación o la sentencia se dan cuenta que la prueba es tan precaria que no es posible fundamentar sobre ella una acusación o una sentencia condenatoria y en lugar de acudir al democrático concepto del in dubio pro reo, se inventan verdaderas nulidades, para lograr de ésta manera que el proceso quede nuevamente en etapa investigativa y de tal manera hacer un nuevo intento para recaudar los medios de convicción necesarios para poder fundamentar una resolución de acusación o una sentencia condenatoria, práctica que en nuestro criterio si genera una verdadera nulidad por la violación de las normas propias del juicio, al incurrirse en una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso.

3) *La calificación jurídica provisional, con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal.*

4) *Las razones por las cuales comparte o no los alegatos de las partes.*

2- *La mínima actividad probatoria. M. Miranda Estrampes. pág 81 J. M. Bosch Editor. Barcelona 1.997.-*

Es claro que las deficiencias investigativas o los errores cometidos en el recaudo de la prueba, de su aducción o de su evaluación no pueden trasladarse en cabeza del sindicado, que frente a un proceso en el que se ha agotado la etapa sumarial no puede recibir una calificación diversa que la acusación o la preclusión; o agotados todos los períodos probatorios del proceso no debe quedar otra alternativa que la sentencia condenatoria o absolutoria.

Con éstas viciosas prácticas se incurre en un verdadero abuso de autoridad, porque surge de la torcida voluntad de quien así acciona como si las únicas alternativas posibles del proceso fueran aquellas que le son desfavorables a los procesados, además que con este tipo de actuaciones se vulneran otras garantías constitucionales como son la del derecho a un proceso público sin dilaciones injustificadas y que de hecho se termina por desconocer igualmente la presunción de inocencia, puesto que en tal situación el ciudadano que enfrenta a estos abusivos funcionarios, no tiene otra alternativa que la acusación o la condena.

Igualmente demuestra este tipo de comportamientos una clara predisposición o mejor, de prejujuamiento por parte del funcionario que declara la nulidad, simplemente porque por su descuido, o negligencia no realizó toda la diligente actividad que era indispensables para agotar la investigación y en tales momentos procesales tener la oportunidad de resolver por las alternativas únicas que ofrece el legislador en los eventos que hemos venido mencionando.

En el caso presente es claro que la figura del *in dubio pro reo* no podría aplicarse en el momento en que debe decidirse si se abre o no proceso disciplinario porque si existiesen dudas, lo lógico es que se abra el correspondiente proceso disciplinario para que con la investigación las mismas sean dilucidadas.

Pero en el caso que concita nuestra atención no estamos en presencia en nuestro criterio de un caso de dudas probatorias, porque a tal situación de incertidumbre no necesariamente se ha de llegar porque hay un testimonio que afirma algo y otro que lo niega o porque existen medios probatorios que son contrarios en su contenido y en cuanto a lo que afirman. No es esa situación la que de manera necesaria nos lleva a la situación de incertidumbre, aunque tiene que aceptarse que en algunos casos si puede surgir, cuando se trata de pruebas en las que todas merecen igual credibilidad y por tanto es imposible resolver en un sentido o en otro.

En el caso presente a pesar de que se está en presencia de dos testimonios contrarios, la Corporación se inclina en darle credibilidad al médico que niega las acusaciones del quejoso, porque es desde todo punto de vista increíble, que un médico que nada tiene que ver con el tratamiento que se le ha dado al paciente, y que tampoco tiene que ver ni es responsable con incapacidades que se le deban al mismo, vaya a acudir a la intimidación o al arreglo de una promesa de pago, para que el paciente se quede callado en algo que a él profesionalmente no lo afecta ni lo puede afectar.

Es decir que en este caso la acusación que se formula contra el Doctor no se vislumbra que pudiera tener el más mínimo interés en la realización de la conducta por la que se acusa y tampoco para mentir, porque como ya se había dicho, se trata de actividades profesionales en las que no había intervenido y que no dependían en su cumplimiento de su voluntad. En las circunstancias precedentes se confirmará la providencia recurrida pero no porque existan dudas respecto a la posible responsabilidad del médico acusado, sino porque evidentemente no existe dentro del proceso prueba creíble que amerite para abrir una investigación disciplinaria.

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.

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 medico-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 medico. 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 medico 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.

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.

Este consentimiento, en el campo medico, 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 medico, 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 medico debe actuar, es decir, salvo algunos escasos rarísimos esta “obligado” a prestar sus servicios. Por lo tanto, se hablara esencialmente del consentimiento del paciente.

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 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 más cercano, a quien debe explicarse en la misma forma que al enfermo en uso de sus capacidades mentales.

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 este 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 existe 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 de 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 sobrevida 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.

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).

4- INFORMACIÓN 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 que 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 sobrevivir 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.

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 último, 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 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 medico 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 medico 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 medico, 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 medico, 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 (medico 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.

REDUCCIÓN DE LA PENA EN SEGUNDA INSTANCIA

QUE ES LA JUSTICIA?

La Justicia es un valor jurídico, una cualidad moral y una filosofía jurídica integral. Como valor jurídico, justicia es actuar dentro de la Ley, a pesar de los afectos subjetivos de quien aplica la norma. Como cualidad moral es una disposición continua y periódica de reconocer los derechos de las demás personas. Y como filosofía jurídica integral, es la aplicación e interpretación de la ley de la manera más equitativa, dentro de lo que la misma ley permite. La Justicia respeta la dignidad de la persona humana de manera permanente.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA

HERÁCLITO DE EFESO: Es a cualidad que mantiene el orden universal.

SOCRATES: Es el sometimiento a la ley natural y a las leyes del Estado.

PLATÓN: Es la virtud que ordena las demás virtudes. Es el respeto a las funciones del otro en sociedad.

ARISTÓTELES: Justicia es el justo medio. Es la virtud que hace prevalecer la igualdad. La Justicia Particular puede ser: Distributiva (Reparto de bienes y obligaciones de acuerdo con el mérito y la necesidad de cada quien. Es lo que la sociedad debe a cada miembro de la comunidad) y Sinalagmática (o

correctiva, lo que los individuos se deben entre si)), que puede ser a su vez Conmutativa (Igualdad entre lo que se da y lo que se recibe) y Judicial (La que otorga a las partes su derecho)

ULPIANO: Permanente voluntad de darle a cada uno lo que le pertenece.

SANTO TOMAS: Constante y perpetua voluntad de reconocerle a cada uno su derecho. Como virtud es la práctica permanente de lo que se considera justo.

RADBRUCH: Es la que determina la relación de igualdad entre las personas

STAMMLER: La justicia absoluta es imposible de conseguir. Es apenas un ideal que guía los actos humanos. La justicia es el fin de la arbitrariedad.

GOLDSCHMIDT: Es la mas grande manifestación de la moral sobre la tierra.
JUSTICIA Y EQUIDAD

La equidad es un principio fundamental para la vida en comunidad y una de las razones de ser del derecho y los sistemas de justicia. Para Hobbes en su Leviatán, la equidad debería ser el principio subyacente a toda legislación. Platón, muchos siglos antes, en su libro de Leyes, planteaba que la justicia debería reducir las inequidades que emergen en toda sociedad debido a los intereses individuales. Aristóteles la invocaba para amortiguar la rigidez de la norma.

En el Derecho británico, una de las instancias de justicia era el Tribunal de la Cancillería, que solucionaba los defectos de la administración del Common Law con disposiciones conocidas como reglas de equidad, las cuales complementaban o superaban a las normas legales.

En caso de presentarse varias opciones en la aplicación de la ley, debe escogerse la más justa y adecuada a las circunstancias.

Según Aristóteles la equidad no es diferente de la justicia. Ni la sustituye ni la corrige, sino que es la misma justicia que corrige a la injusticia que se comete en el caso particular.

La equidad tiene dos categoría importantes: Igualdad y proporcionalidad.

Igualdad: En caso de equidad, a los hijos se les da un par de zapatos por justicia.

Proporcionalidad: A la niña que estudia odontología se le dan diez mil pesos diarios, en tanto que a la pequeña que está en kinder solo se le dan mil. Si alguien comete un delito con sevicia se le aplica una pena mayor. Al que le pagan un precio visiblemente menor por su predio, la ley lo resarce.

ASPECTOS DE LA JUSTICIA

OBJETIVO (Valor jurídico): Justicia es la cualidad que hace al acto humano equitativo, siempre vaya conforme al Derecho, sin importar si la persona que lo ejerce lo hace por virtud.

SUBJETIVO (Virtud humana): El acto justo es libre y voluntario. Es la permanente práctica de actos justos. Implica otras virtudes: piedad, respeto, gratitud, veracidad y afabilidad entre otras.

IDEAL. Es, como dice Stammler, apenas una estrella que guía los actos humanos y jurídicos.

CLASES DE JUSTICIA

1- JUSTICIA GENERAL. Es la que abarca la sociedad como conjunto. Es la búsqueda del bien Común.

2- JUSTICIA PARTICULAR. Es la que delimita los intereses del individuo en la vida comunitaria.

a- CONMUTATIVA. Vela por la igualdad entre lo que se da y lo que se obtiene.

b- DISTRIBUTIVA. Es la que vigilar porque se entregue a la comunidad lo que se debe. Reparte proporcionalmente cargas y bienes.

3- JUSTICIA SOCIAL. Es la que protege a los mas débiles en la sociedad

4- JUSTICIA COERCITIVA. Es la que defiende a la comunidad de sus transgresores.

A- COMPENSATORIA. Es la que obliga a resarcir el daño producido entre los particulares.

B- PUNITIVA. Es la defensa de la comunidad ante el delito.

La Justicia es interés de todas las personas, pero la administración de la misma es función de la Rama Judicial del Estado. La justicia social va de la mano con el bien común. Intenta solucionar las graves diferencias entre las clases sociales, haciendo énfasis en la naturaleza social del ser humano y en la función social de la riqueza, con base en principios de solidaridad

La justicia tiene que ver con distribución de bienes y de cargas. Pero lo más importante hoy en día es el respeto y garantía de los derechos fundamentales del individuo. Y aunque Dworkin exprese que son anteriores a cualquier pacto social, debe tenerse en cuenta que si no fuera por la sociedad ya evolucionada y la existencia del derecho como institución inseparable de la misma, esos derechos humanos no habrían sido reconocidos nunca entre los seres humanos, precisamente por el egoísmo natural de las personas, que aprendieron a respetar la integridad del prójimo por la fuerza y coactividad del Derecho y no simplemente por la moral o por la más leve inclinación a ser generoso con el prójimo.

La Justicia, así definida, debe reconocerse en todos los actos de los poderes estatales. En el Legislativo, inspirando y diseñando las leyes teniendo en cuenta los derechos de todos los ciudadanos, con base en conceptos de igualdad y libertad. En el Poder Judicial, ajustando las sentencias a las normas constitucionales y a la Ley, que desde la implantación del Estado Social de Derecho, rigen la vida de los asociados. En el ejecutivo, protegiendo a los débiles del abuso de quienes detentan el poder económico y político, e incluso del Estado mismo, cuya imponencia no debe arrollar a las personas individuales.

La justicia implica beneficio mutuo e imparcialidad en los juicios de valor. Y aunque la justicia perfecta no se alcanza jamás, es una guía permanente en la conciencia de las sociedades y las personas.

Justicia es proteger los bienes del prójimo y darle lo que le pertenece. Es, de acuerdo con la misma doctrina de la Iglesia Católica, no retener el bien ajeno, no defraudar en el empeño de la palabra, no retribuir con salarios injustos. Incluye la corrupción a todo nivel, el fraude, trabajar con engaños, no cumplir con los contratos y las obligaciones adquiridas, tratar a las personas como cosas olvidando la dignidad que a todos los humanos cobija, reducir al ser humano a un simple medio para curar,

MÍNIMO VITAL COMO ARGUMENTO DE LA APELACIÓN

Este argumento, que ha sido esgrimido recientemente en dos tutelas absurdamente aceptadas por algunos jueces y que fueron revocadas en segunda instancia, no es de recibo para esta superioridad.

Los perjuicios que a nivel personal y familiar le puedan sobrevenir como consecuencia de la sanción impuesta, son efectos negativos que no pueden ser alegados en el estadio de la tutela, porque todos los que infringen la ley en el ámbito penal, y el disciplinario es una expresión del mismo, deben purgar la sanción impuesta y el cumplimiento de la misma, de manera necesaria comporta consecuencias negativas en todos los ámbitos, sociales, personales, familiares, económicos y de toda índole, daños que son inevitables y que están unidos de manera indisoluble a la naturaleza de la pena.

Si su pretensión fuere pertinente y tuviere aceptación significaría la desaparición del derecho sancionatorio, porque con la misma argumentación, nadie tendría que cumplir las sanciones impuestas por los jueces, porque siempre la ejecución de las mismas comportarían consecuencias negativas de toda índole.

REDUCCIÓN DE LA PENA EN SEGUNDA INSTANCIA

El medico acusado solicita simplemente que se le rebaje la pena, pues la suspensión de un mes puede afectarle gravemente su situación laboral

Pero esta modesta solicitud en la apelación, que implica la aceptación de su culpa en el presente proceso, especialmente por la ausencia de consentimiento informado, nos hace reconsiderar la sanción impuesta.

El acusado solicita muy respetuosamente se rebaje su pena a suspensión por un termino no superior a los quince días. No está pidiendo la revocatoria de la sanción ni se ocupa en argumentos defensivos absurdos, como una buena parte de los apoderados ha solicitado a esta superioridad

A estas demostraciones de aceptación y humildad no puede ser ajeno el tribunal y decide conceder la gracia solicitada

Bastan las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de las facultades otorgadas por la Ley

RESUELVA

ARTICULO PRIMERO. Determinar que el doctor R.R.R., de condiciones personales y profesionales conocidas por este proceso, sí trasgredió las normas de ética medica respecto del consentimiento informado. ARTICULO SEGUNDO. Revocar la sanción impuesta por el Tribunal de Ética Médica de Bogotá y en su lugar sancionarlo con suspensión en el ejercicio de la medicina por espacio de quince días calendario. ARTICULO TERCERO. Remitir el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia. NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA, Presidente- Magistrado Ponente; EFRAÍM OTERO RUÍZ; Magistrado, GERMÁN PEÑA QUIÑONES Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, diciembre doce (12) del año dos mil seis (2006).

SALA PLENA-SESIÓN No. 898 DEL DOCE (12) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL SEIS (2006).

**REF: PROCESO NO. 413 DEL TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA DEL META
DENUNCIADO: N.A.M.A.
DENUNCIANTE: SEÑORES H.M.G. y A.R.G.**

Providencia No.71-2006

Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora

VISTOS:

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta decide no aceptar los descargos rendidos por el doctor N.A.M.A., identificado con la cédula de ciudadanía número ... expedida en ..., Registro Médico número ... MINSALUD, Médico General egresado de la Universidad Nacional de Colombia en el año 1995, especializado en Neurocirugía en la misma universidad en el año 2001, por haber incurrido en la violación de la primera parte del artículo 15 de la Ley 23 de 1981.

En consecuencia impone al doctor N.A.M.A., sanción consistente en AMONESTACIÓN PRIVADA, conforme al artículo 83, Literal a. de la Ley 23 de 1981, en concordancia con el artículo 48 del Decreto 3380 de 1981.

Por medio de apoderado y dentro de los términos legales, decide interponer recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra de la providencia

y, al resolver el recurso de reposición, envía el expediente al Tribunal Nacional de Ética Médica para que decida la apelación

Corresponde por sorteo al Magistrado Fernando Guzmán Mora.

HECHOS

La señora Y.R. (Q.E.P.D.) de 37 años presenta signos y síntomas de hipertensión endocraneana, es hospitalizada el día 22 de agosto de 2005 en la clínica Martha confirmándose el diagnóstico de lesión expansiva intracerebral e hipertensión endocraneana. Se programa para cirugía neurológica, para lo cual es informada con varios días de antelación, junto con sus familiares en varias oportunidades por parte del Neurocirujano doctor N.A.M.A., quien advierte acerca de los beneficios, riesgos y complicaciones del procedimiento, haciéndole entrega a la paciente y al esposo del consentimiento informado, para que una vez leído fuese firmado por la paciente y familiares. Previamente consta una nota en la historia clínica, de puño y letra del neurocirujano, en donde afirma que la paciente acepta la intervención, previa advertencia del riesgo.

La paciente se hospitaliza el día anterior a la cirugía y el día 28 de agosto es llevada a cirugía. El anesthesiólogo inicia el procedimiento y encontrándose la paciente bajo efectos de la anestesia general, el doctor M.A., ordena la cancelación del procedimiento por la falta del documento que había entregado previamente sobre el consentimiento informado específico para neurocirugía.

La paciente vuelve a colocarse en espera del procedimiento y fallece ocho días después por complicaciones de su patología tumoral.

Mediante decisión tomada el día veinticuatro (24) de Julio del año Dos Mil Seis (2006) en Sesión de Sala Plena número 499, esta Corporación encontró méritos suficientes para formular cargos al doctor N.A.M.A., por cuanto pudo haber incurrido en la violación de la primera parte del artículo 15 de la Ley 23 de 1981 que a la letra dice: “El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados...” al ordenar la cancelación de la cirugía estando la paciente bajo efecto de anestesia general, aduciendo la falta de consentimiento informado, documento del cual debió apersonarse y verificar previo al procedimiento.

Con el fin de hacer un estudio a la defensa presentada por el doctor N.A.M.A., en su escrito, el Tribunal de Ética Médica del Meta se refiere a varios puntos:

“...Al punto primero “NO AUTORIZACIÓN DEL ESPECIALISTA PARA TRASLADAR A LA PACIENTE A LA SALA DE CIRUGÍA” Dice el Tribunal: ¿Por qué no se revisó de su parte la historia clínica antes del traslado del paciente a la sala de cirugía y antes de iniciarse el acto anestésico?”

Aclara el doctor M., que en ningún momento él ordenó el traslado de la paciente, ni del piso a salas ni del área de recuperación a la sala de cirugía; que el día de la cirugía ingresó a la clínica en forma simultánea con el Anestesiólogo y que por motivo de atender a otro paciente, retrasó su ingreso a la sala de cirugía y que al percatarse ya en salas que la paciente estaba anestesiada revisó la historia clínica y no encontró el consentimiento informado para neurocirugía, el cual fue entregado por él mismo en la consulta. Al preguntar al personal de enfermería sobre este documento, sólo hicieron referencia al formato utilizado por la clínica y no al específico para neurocirugía.

En este punto, si era una condición tan necesaria y absoluta que este documento estuviera debidamente diligenciado antes del procedimiento quirúrgico, como bien lo anota el doctor M., ¿no era también necesario e indispensable haberse cerciorado personalmente de su existencia antes del procedimiento?

Agrega en sus descargos que en ningún momento ordenó el traslado de la paciente al quirófano, por lo que entiende claramente esta Sala, que fue este el motivo de no haber revisado la historia clínica, posición que no compartimos. La cirugía estaba programada para las 9:00 a.m., ingresó la paciente a la sala de cirugía a las 8:40 a.m., se inició el procedimiento anestésico a las 9:00 a.m. y fue extubada a las 10:00 a.m. Si tal y como lo dice el doctor M, en ese momento debía atender una consulta de su especialidad, por qué no mediante comunicación con la sala de cirugía, solicita dilatar la iniciación del procedimiento ya programado?

Al segundo punto “LA COMPLEJIDAD DEL PROCEDIMIENTO Y LOS ALTOS RIESGOS INHERENTES A ESTE HACÍAN NECESARIO EL CONSENTIMIENTO INFORMADO IDÓNEO Y ESPECÍFICO. Se afirma por el Tribunal: “parece ilógico pensar que cancelar el procedimiento fuera la conducta más adecuada ...”

A esta consideración manifiesta el doctor M., que se trataba de una paciente con cuadro clínico definido para ser operada y se contaba con paraclínicos, elementos y recursos de la institución, así como la idoneidad profesional para realizar este tipo de procedimientos. Agrega que en otrora, quizás

esta situación hubiese sido diferente, pero no ahora que en Colombia, con fundamento en la Constitución Nacional, Artículo 16, se adoptó un esquema mixto para la integración del consentimiento informado, por lo tanto al no contar con el consentimiento suscrito, la cancelación del procedimiento era la decisión adecuada.

A lo anterior debe recordarse que se trataba de una paciente joven, en condición clínica estable, pero crítica, con un tumor cerebral, hipertensión endocraneana y que como urgencia quirúrgica fue programada para cirugía con prontitud. No se trataba pues de un procedimiento de cirugía menor o mínimamente invasivo, sino de una paciente crítica, tanto así que falleció en la semana siguiente a la cancelación del acto anestésico, que se inició con miras a un procedimiento neuroquirúrgico que no se realizó; el doctor M., entendió se trataba de un procedimiento quirúrgico de alta complejidad y tal y como él lo manifiesta en su sesión de descargos, en varias oportunidades habló detalladamente con la paciente y familiares, explicándoles los beneficios, riesgos y complicaciones de este procedimiento.

La paciente fue presentada y revisada en la Junta Neuroquirúrgica, donde se advierten indicaciones, riesgos y complicaciones; en valoración preanestésica donde el Anestesiólogo hace una historia clínica completa, examen clínico, revisa paraclínicos, advierte riesgo anestésico y anota que el doctor M., advierte riesgos. Una anotación de puño y letra del doctor M., en la historia clínica dice: “la paciente acepta procedimiento neuroquirúrgico y finalmente entrega de su mano el formato de Consentimiento Informado de su especialidad a la paciente, cuatro días antes del procedimiento, nuevamente les explica verbalmente lo que está plasmado en el escrito y es aquí cuando el consentimiento, o bien por falta de direccionamiento o claridad en su trámite y diligencia, no aparece dentro de la historia clínica, lo que motiva la cancelación del procedimiento y por consiguiente la orden impartida al Anestesiólogo de despertar la paciente”.

Continúa el Tribunal Seccional expresando:

“...Cabe aquí recordar nuevamente las palabras del doctor JORGE IVÁN MANRIQUE BACCA, Abogado Asesor de SCARE, cuando en su artículo sobre el profesional de la salud y el Consentimiento Informado publicado en la revista colombiana de Responsabilidad Médico Legal, Volumen 5, Número 2 de mayo - agosto 1999, anota: “siendo el Consentimiento Informado un elemento integrante de la Lex Artis médica, es el médico tratante quien finalmente tiene la obligación de asegurarse de que se ha realizado”.

Para esta Sala es claro que la paciente con su actitud positiva de asistir a la Junta Neuroquirúrgica, a la valoración preanestésica y cuando regresa a hospitalizarse el día anterior al procedimiento, en pleno uso de sus facultades mentales y quien a las 6:00 a.m. del día quirúrgico firmó el consentimiento que le puso de presente la Enfermera, bien haya sido el del formato de la institución o bien el del procedimiento específico de neurocirugía, si estuviese disponible en ese momento, documento que más tarde firmarían esposo y hermana, tal y como les habían indicado y el hecho de que la paciente acepte el traslado al quirófano y acepta el procedimiento anestésico sin reparo ni objeciones, indican que aunque no existió la constancia escrita y específica del procedimiento, está más que la evidencia que la paciente con su actitud positiva prestó su consentimiento para la intervención quirúrgica.

Al tercer punto “EL CONSENTIMIENTO FIRMADO POR LA PACIENTE NO CUMPLE CON LAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES, LEGALES Y JURISPRUDENCIALES”. Manifiesta el doctor M. que en la presente investigación se ha pretendido ‘indicar que el documento que la paciente firmó al personal de enfermería momentos antes de ingresar al quirófano, era idóneo para adelantar una intervención quirúrgica de tal envergadura.

No es cierta tal afirmación dentro de la presente investigación, ni consideramos idóneo el documento que en actitud de aceptación firmó la paciente inmediatamente antes del procedimiento, como se dijo antes, bien pudo haber firmado el documento específico, si este hubiere estado disponible, el Tribunal por supuesto comparte totalmente las afirmaciones del profesor JUAN MENDOZA-VEGA, publicadas en la revista oficial de la Asociación Colombiana de Neurocirugía, Volumen 13, número 2, 2005 y aportadas en sus descargos por el doctor M., y su Apoderado “y de nada sirve en este asunto el papel que todavía se hace firmar en muchas clínicas y hospitales en el momento de la hospitalización, ese que tiene espacios en blanco donde se deben escribir (pero muchas veces no se escribe) el nombre e identificación del enfermo, el del médico y una autorización global “para todos los procedimientos que mi enfermedad requiera” o cosa semejante; ese formato no es consentimiento de ninguna clase y en caso de problema ético o legal, vale lo mismo que no existiera”.

Alcuartopunto “ERROR DEL PACIENTE FRENTE AL CONSENTIMIENTO EMITIDO, RESPECTO A LA INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA. Afirma el Tribunal “... y quien en la mañana del día de la cirugía firmó voluntariamente la autorización que ella creyó era la solicitada por el Neurocirujano y que más tarde firmaron el esposo y su hermana ...”

Ha de aclararse para este punto lo expresado en el numeral anterior y se agrega: Si tal y como lo dice el doctor M., y su Apoderado, el documento específico fue entregado de manos del especialista a la paciente y familiares cuatro días antes del procedimiento, devuelto después al personal de enfermería y que luego no aparece en la historia clínica; indica claramente la falta de direccionamiento y la falta de asumir la responsabilidad en el manejo adecuado de este documento entre médico y paciente, si es que este era verdaderamente indispensable y absoluto antes del procedimiento, tal y como lo afirma el doctor M.A..

En ningún momento este Tribunal ha expresado que el consentimiento firmado por la paciente inmediatamente antes de la intervención satisfaga o reemplace perfectamente con todas las exigencias el consentimiento específico y que le fuera entregado por el especialista cuatro días antes y que no estaba ni disponible, ni debidamente diligenciado antes del procedimiento. Respecto a la firma del esposo y la hermana de la paciente, sí nos parece relevante y de interés, pues ellos fueron informados que en dicho documento, no solamente debía firmar la paciente sino ellos como testigos y por eso se preocuparon y firmaron el mismo documento que horas antes había firmado la paciente y que lo consideraron como el documento solicitado por el doctor M.A.

Al quinto punto “EL CONSENTIMIENTO INFORMADO NO SE PUEDE PRESUMIR. Se dice por el Tribunal que aunque no existió la constancia escrita de dicho proceso en la historia clínica, está más que la evidencia que la paciente con su actitud prestó su consentimiento para la intervención quirúrgica”

Agrega en sus descargos: la presunción para estos casos no tiene asidero ni técnica, ni técnico científico, ni legal y basta simplemente los siguientes interrogantes:

¿Con la presencia de la paciente en el centro asistencial se puede inferir que la misma conoce o está informada del procedimiento al que se va a someter? Esta Sala considera que en este caso especial sí.

¿Se encuentra enterada de las complicaciones, riesgos de mayor frecuencia? Consideramos que en este caso si.

¿Se encuentra enterada de las alternativas terapéuticas? Igualmente consideramos que en este caso si.

En conclusión es el caso que nos ocupa el de una mujer joven, quien con diagnóstico confirmado de lesión expansivo cerebral e hipertensión endocraneana y en condiciones estables pero críticas, se prepara para cirugía neurológica de alta complejidad y se programa con prontitud. El Neurocirujano, doctor N.A.M.A., explica detallada y en varias oportunidades, tanto a la paciente como a sus familiares, sobre los beneficios, riesgos y posibles complicaciones del complejo procedimiento. La paciente acepta sin objeciones todas las valoraciones previas y se hospitaliza el día anterior al procedimiento, en pleno uso de sus facultades mentales. El procedimiento se inicia a la hora indicada: 9:00 a.m., y ya estando bajo efectos de anestesia general y monitoreo invasiva, el Neurocirujano ordena suspender el procedimiento por la falta del consentimiento específico para neurocirugía y es extubada a las 10:00 a.m. La paciente abandona el quirófano sin ningún déficit neurológico o complicación alguna, pero fallece por complicaciones de su patología tumoral rápidamente expansivo ocho días después, en espera de nueva RNM y nueva cirugía.

Existen pruebas más que suficientes que indican que efectivamente la paciente fue advertida en varias oportunidades acerca del por qué de este complejo procedimiento neuroquirúrgico, sus riesgos y complicaciones probables, además el doctor N.A.M.A., anota en la historia clínica (folio 56 reverso) “la paciente manifiesta su aprobación al tratamiento neuroquirúrgico”. En este punto, esta Sala entiende que el consentimiento sí se dio y que no existe la más mínima duda de esto, además por la actitud positiva de la paciente, ya examinada antes, para la Sala es evidente que la paciente Y.R.G. (Q.E.P.D.) prestó su consentimiento para este procedimiento.

Respecto del consentimiento informado para el procedimiento neuroquirúrgico específico, la Sala considera, que si tal y como lo afirma el doctor N.A.M.A., le explicó a la paciente, esposo y hermana, de la necesidad absoluta que dicho consentimiento estuviere debidamente firmado por ellos antes del procedimiento, no se entiende cómo cuatro días después de entregado personalmente a ellos, no se verificó su diligencia miento correctamente y éste pasó a manos de la Enfermera y nunca llegó a la historia clínica.

Indica a las claras, falta de direccionamiento o claridad en su trámite y es el médico tratante quien finalmente tiene la obligación de asegurarse de que se ha realizado.

Consideramos finalmente que con la cancelación del procedimiento neuroquirúrgico, por la falta de un documento que el mismo Neurocirujano

debió preocuparse por obtener antes del procedimiento, programado en una paciente crítica por su patología y quien para ese momento se encontraba bajo efectos de anestesia general, se sometió a la paciente a riesgo injustificado, pues si bien es cierto que las complicaciones anestésicas son propias e inherentes a esa especialidad, la paciente las aceptó y fueron consentidas, únicamente con el fin de obtener su mejoría a través del procedimiento quirúrgico, sin embargo es claro para este Tribunal que no se puede establecer una relación de causalidad entre lo acontecido y el desenlace final de la paciente que la llevó a la muerte pues su patología intracraneana era grave.

POR LO ANTERIORMENTE EXPUESTO, EL TRIBUNAL SECCIONAL DE ÉTICA MÉDICA DEL META RESUELVE: No aceptar los descargos rendidos por el doctor N.A.M.A., identificado con la cédula de ciudadanía número ... expedida en ..., Registro Médico número ... MINSALUD, Médico General egresado de la Universidad Nacional de Colombia en el año 1995, especializado en Neurocirugía en la misma universidad en el año 2001, por haber incurrido en la violación de la primera parte del artículo 15 de la Ley 23 de 1981, de acuerdo a lo expresado en la parte motiva de esta Providencia.

En consecuencia imponer al doctor N.A.M.A. sanción consistente en AMONESTACIÓN PRIVADA, conforme al artículo 83, Literal a. de la Ley 23 de 1981, en concordancia con el artículo 48 del Decreto 3380 de 1981..."

EL RECURSO DE APELACIÓN

El Acusado, por medio de su apoderado impugna la decisión del Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta en la siguiente forma:

"...Discrepamos profundamente de la decisión adoptada por el Tribunal, en razón a que la misma es contraria a todos los fundamentos jurídicos y jurisprudenciales que gobiernan la teoría del consentimiento informado.

Cuestiona el Tribunal "¿no era también necesario e indispensable haberse cerciorado personalmente de su existencia antes del procedimiento?.

Eso fue precisamente lo que el profesional hizo, cerciorarse antes de iniciar su procedimiento, que el documento de consentimiento que había hecho entrega en forma personal a la paciente estuviera debidamente diligenciado, pero lamentablemente ello no ocurrió por motivos ajenos a su competencia, pues contrario a lo expresado por el Tribunal, estábamos frente a un paciente

institucional, donde no todas las instrucciones las indica el médico tratante. El Dr. M., ha sido enfático en afirmar que en ningún momento autorizó el ingreso al piso, al área de recuperación y menos aun a salas de cirugía, por ende le competía al tribunal en virtud de la carga probatoria que le asiste, demostrar lo contrario, pero ello no ocurrió, por lo tanto debemos aceptar lo dicho por el inculgado.

Al no poder el profesional ejercer un control sobre el personal de la institución, quienes en forma ligera, sin el menor reparo por las reglas que se aplican para la obtención de un consentimiento informado válido, ingresaron a la paciente a salas e iniciaron el procedimiento anestésico, sin contar con la aquiescencia del cirujano, lo que a la postre terminó en una fallida intención de práctica quirúrgica. De igual manera afirma como fundamento para sancionar el Tribunal que:

...bien haya sido el del formato de la institución o bien el del procedimiento específico de neurocirugía, si estuviere disponible en ese momento, documentos que más tarde firmarían esposo y hermana, tal y como les había indicado y hecho de que la paciente acepte el traslado al quirófano y acepta el procedimiento anestésico sin reparo ni objeciones, indican que aunque no existió constancia escrita y específica del procedimiento, está mas que la evidencia que la paciente con su actitud positiva prestó su consentimiento para la intervención quirúrgica”

La anterior consideración permite determinar contrariamente a lo entendido por el Tribunal, que el actuar del profesional se ajusto a los fundamentos Constitucionales y legales que regulan el consentimiento informado, basta con preguntarnos ¿Es o no válido el documento de consentimiento informado que la paciente firmó en la clínica?

La respuesta es No. Como se explicó en los descargos ese documento no cumple con las exigencias mínimas para otorgarle validez jurídica, no fue diligenciado en su integridad ni suscrito por quienes integran tal acto, afirma situaciones contrarias a la realidad y por ende es nulo.

La corte Constitucional ha dicho:

“El consentimiento debe ser libre, es decir, que no esté inducido por circunstancias externas al tratamiento mismo que puedan provocar el error por parte del paciente (...) El consentimiento debe ser informado, esto es,

que el médico está en la obligación de suministrar a su paciente, a través de un lenguaje claro y comprensible y con la debida prudencia la información relevante sobre los riesgos y beneficios objetivos de la terapia y las posibilidades de otros tratamientos, incluyendo los efectos de la ausencia de cualquier tratamiento, con el fin de que la persona pueda hacer una elección racional e informada sobre si acepta o no la intervención médica.”

Entre más invasiva sea la intervención o cuando se tenga mayor compromiso de la integridad del paciente, más rigurosa será la información brindada por el médico, en estos casos el consentimiento debe ser cualificado, es decir, que exista un conocimiento profundo e integral sobre la naturaleza del procedimiento, efectos, riesgos, limitaciones y alternativas.”)

Con fundamento en lo anterior, no era jurídicamente viable ingresar a la paciente a salas de cirugía e iniciar ningún procedimiento y por lo tanto mal puede reprochársele que no haya practicado la intervención quirúrgica amparado en un documento no idóneo y porqué no decirlo, nulo.

¿El Dr. M., entregó el consentimiento informado a la paciente en forma oportuna?

La respuesta es SI. Lo hizo días antes a la fecha de programación con el fin de que la paciente pudiera leerlo, entenderlo y por lo tanto suscribirlo. La decisión de entregarle el documento al personal de enfermería se escapa del control del profesional.

¿Servía la firma del esposo y hermana?

Considero que este tema ha sido plenamente discutido y aceptado, por ende es claro que tratándose de personas capaces, como en efecto lo era la paciente, no tiene relevancia que el consentimiento sea emitido por terceros.

¿El consentimiento se presume o se deduce de actos del paciente?

No. Los actos o comportamientos del paciente son meras manifestaciones de asentimiento acerca de un procedimiento, pero en modo alguno permite vía presunción obtener en forma idónea el consentimiento informado.

No hay duda que el consentimiento informado es un negocio jurídico y por lo tanto requiere sin el menor asomo de incertidumbre la presencia

de los elementos que integran el negocio, que se encuentran debidamente consignados en nuestro ordenamiento jurídico, para que de él se pueda pregonar su validez (art. 1502 y stes del Código Civil)

No se puede olvidar que el error, como en este caso se evidencia en que incurrió la paciente y el personal que decidió pasar a la paciente a salas de cirugía, sin contar con el consentimiento idóneo genera un vicio en el consentimiento, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1504 del C.C.

¿ Consentir el procedimiento anestésico permite deducir el consentimiento para el procedimiento quirúrgico?

No se puede deducir que la autorización o consentimiento suscrito por la paciente que sirvió de fundamento para el acto anestésico, que como se ha explicado se encuentra viciado, permita inferir que tiene alcance suficiente para practicar un procedimiento de la magnitud al que se encontraba enfrentado el Dr. M.,.

¿Era necesidad de la constancia escrita del consentimiento?

Contrario a lo expresado por el Tribunal, consideramos necesaria la constancia escrita del consentimiento, pues al no existir ésta, como se puede afirmar que riesgos fueron efectivamente los advertidos, complicaciones y sus consecuencias; y por ende hasta donde va la responsabilidad del profesional al momento de su ocurrencia.

Afirma el Tribunal “no es cierta tal afirmación dentro de la presente investigación, no consideramos idóneo el documento que en actitud de aceptación “firmó la paciente inmediatamente antes del procedimiento, como se dijo antes, bien pudo haber firmado el documento específico, si este hubiere estado disponible...”

Esta aclaración, robustece nuestros argumentos, pues al ser el Tribunal enfático en desconocer la idoneidad del documento, reafirma nuestra posición en el sentido de la irregularidad suscitada al dar inicio al procedimiento con fundamento en este documento.

Es importante recordar que el documento de consentimiento informado específico requerido fue entregado por el Dr. M., a la paciente con la debida antelación y por lo tanto era responsabilidad de la paciente presentarlo.

Si la paciente con posterioridad lo entregó al personal de enfermería y esta lo extravió, ello no puede ser imputable al especialista, pues no podemos olvidar que estamos frente al ejercicio de un trabajo en equipo, donde cada uno de los integrantes cumple roles, y por lo tanto así se asumen las responsabilidades. Afirmó el Tribunal al resolver el quinto punto de los descargos, cuando se le cuestionó que presumiera el consentimiento informado

“¿Con la presencia de la paciente en el centro asistencial se puede inferir que la misma conoce o está informada del procedimiento al que se va a someter? Esta sala considera que en este caso especial sí

¿Se encuentra enterada de las complicaciones, riesgos de mayor frecuencia? Consideramos que en este caso sí. ¿Se encuentra enterada de las alternativas terapéuticas? Igualmente consideramos que en este caso sí.”

Respetamos profundamente la posición de la sala, pero la consideramos subjetiva, caprichosa y contraria a los postulados que regulan la aplicación del consentimiento informado.

No le asiste la facultad al Tribunal de determinar nuevos rangos diferentes a los definidos por el legislador para determinar cuando no se hace necesaria la exigencia del consentimiento informado, esto es, no puede ser de recibo que vía decisiones como la que hoy nos ocupa se afirme que para algunos casos se determine que el consentimiento informado se PRESUME, en virtud del comportamiento de la paciente y su decisión de aceptar los tratamientos.

Ello nos lleva a preguntarnos, ¿hoy no se estaría cuestionando de igual manera el actuar del galeno si hubiera intervenido a la paciente y se hubiese presentado una complicación, por carecer de un consentimiento informado idóneo?

No le es factible al Tribunal presumir el consentimiento informado, pues como se ha explicado se trata de un negocio jurídico formal y por ende ajustado a los fundamentos normativos que lo gobiernan y no puede ser objeto de presunciones subjetivas.

EL RECURSO DE REPOSICIÓN

Manifiesta el Apoderado del inculpado que no comparte la decisión adoptada por el Tribunal por no estar de acuerdo con la interpretación que se le hace a la figura del consentimiento informado, según él, el doctor M., cumplió con

los requisitos exigidos por la ley, ya que precisamente al cerciorarse que el documento que se exige para dar cumplimiento a la norma no estaba firmado por la paciente, suspendió el procedimiento quirúrgico, además, según su versión, en ningún momento autorizó su ingreso al piso, al área de recuperación ni a la sala de cirugía y al no tener control sobre el personal de la institución estos pasos se dieron sin comprobar la existencia del consentimiento y ajenos a su voluntad, hechos que produjeron el impase, que resolvió suspendiendo la cirugía ya iniciado el procedimiento anestésico. Igualmente hace un análisis sobre el consentimiento informado firmado por la paciente con la institución, que es parte de los argumentos en su contra, el cual según su concepto no tiene valor ya que no reúne los requisitos completos para su validez, conforme lo interpretó su poderdante para exigir el suyo personal, que al no presentársele originó la suspensión de la cirugía. A continuación hace un análisis puntual sobre las diversas situaciones ocurridas en procura de desvirtuar los fundamentos en que se sustenta el fallo.

CONSIDERANDOS DEL TRIBUNAL SECCIONAL DE ÉTICA MÉDICA

Estamos frente a un caso que tiene que ver directamente con la interpretación de la norma y su aplicación frente a un caso concreto. Si bien las normas que regulan nuestra sociedad establecen unos parámetros genéricos de aplicación, es sólo frente a un caso específico de acuerdo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos que son cobijados por esta norma, las que determinan concretamente su aplicación a favor o en contra del inculpado, es la búsqueda del espíritu de la Ley, el fondo de ésta, lo que realmente el Legislador pretende que se entienda para la búsqueda mas próxima de lo que se considera justo. Partiendo de esta base tenemos que al inculpado se le formuló cargos. Con base en el artículo 15 de la Ley 23 de 1981, por haber expuesto a su paciente a riesgos injustificados por las razones ya expuestas en este proceso, al suspender la cirugía estando la paciente bajo efectos de anestesia general, argumentando la falta del consentimiento informado firmado por la paciente que le permitía proceder a intervenirla según la cirugía programada.

De la investigación de los hechos materia de este proceso y de la recopilación de las pruebas, para esta Sala es claro concluir que el consentimiento informado que el inculpado de manera tan estricta decidió exigir para la realización de la cirugía, estaba dado por parte de la paciente en diferentes formas que dan cabal cumplimiento a la norma y seguridad jurídica al profesional, el cual estando frente a una situación crítica en la que estaba expuesta por un lado

su paciente y por el otro lado su responsabilidad, optó en nuestro concepto por la decisión incorrecta, fruto seguramente de las grandes presiones que se manejan en nuestro ejercicio profesional, que no le permitieron ver claramente que la paciente y su familia con su presencia en la sala habían dado su consentimiento tácito a la cirugía, existía además un consentimiento escrito y firmado con la institución y constancias en la historia clínica de puño y letra del doctor N.A.M.A., Y del Anestesiólogo sobre el consentimiento de la paciente y la advertencia de los riesgos. Los procedimientos previos a la cirugía, si bien manifiesta no tener control sobre su realización, sí debía tener el conocimiento anticipado que se estaban realizando, tan es así que se presentó a la cirugía con toda la intención de practicarla, por lo tanto no existía razón para dudar en intervenir quirúrgicamente a la paciente por un formalismo, siendo que el consentimiento ya estaba dado y no lo percibió en su momento.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta, RESUELVE No reponer la Providencia impugnada por el doctor N.A.M.A..

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

Es bien sabido que las tres causales de inculpación de un médico por error, culpa o dolo en el ejercicio de su práctica profesional, cuando se produce un daño de gravedad son la imprudencia, la negligencia, la impericia y el no seguimiento de reglamentos aceptados oír la Lex Artis ad Hoc.

Veamos un poco las causales de Imprudencia y Negligencia médicas que asoman muy rápidamente en la consideración de este proceso.

IMPRUDENCIA

Comencemos por definir tal concepto desde el punto vista lingüístico. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española lo define en los siguientes términos:

IMPRUDENCIA: (Del lat. *imprudencia*.) 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 y juzgar, pues en teoría nace de la lógica elemental de los actos humanos.

En efecto, existen actos de imprudencia médica que riñen con la prudencia que observaría cualquier miembro de la sociedad, tales, como presentarse embriagado a intervenir en una sala de cirugía.

NEGLIGENCIA

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 consciente o inconsciente. 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 consciente 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.

Otro aspecto importante que podría considerarse como conducta negligente lo constituye el hecho de la autorización de equipos defectuosos en las instituciones hospitalarias, la falta de medios para atender complicaciones relacionadas con los procedimientos, la insuficiencia en los servicios de apoyo, la falta de medicaciones necesaria, etc.

Así mismo podemos decir que la falta de consentimiento del paciente para la realización procedimientos electivos, la garantía de resultados en procedimientos médicos o quirúrgicos, el defectuoso examen clínico, la inobservancia de los resultados de laboratorio, entre muchas otras, constituyen fuentes de responsabilidad culposa por negligencia.

Otro caso palpable de negligencia puede verse en el siguiente ejemplo: un paciente se programa, con base en un resultado radiológico, para resección de un tumor cerebral en el lóbulo frontal del hemisferio izquierdo. El neurocirujano teniendo la obligación de revisar dichos resultados no los confirma personalmente y emprende la cirugía sin saber que existe un error de transcripción, cuando lo que en realidad demuestran las radiografías, es la ubicación del tumor en el área parietal.

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.

El médico tiene la obligación de mantener al paciente permanentemente informado y la información debe ser completa y precisa, siempre que sea posible darla. Habrá eventos en los cuales el médico, según prudente juicio, mejor deba abstenerse de dar una información que lleve al paciente a un estado físico o mental peor de aquel en que se encuentra. Pero si necesita la autorización del enfermo o de sus familiares para proceder clínicamente, esta es la obligación insoslayable de advertir el riesgo previsto, so pena de responder por él (artículo 16, Ley 23 de 1981).

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.

Incluso, como se ha recordado por la Corte Constitucional, cuando esas decisiones “se toman de manera imprudente o en perjuicio de la salud. Esta perspectiva considera peligrosa la posibilidad de reservar un derecho de intervención en aquellos eventos en los cuales el médico piensa que el paciente ha tomado la opción equivocada. El principio de autonomía permanece incólume aun cuando la persona elige de manera consciente un camino que no conduce al beneficio de su mejor interés.

Esto es lo que en filosofía se conoce como ‘voluntad débil’. El derecho de los fumadores, por ejemplo, se funda en este tipo de justificación. No obstante la certeza del mal que produce el consumo del cigarrillo, se supone que el valor de la autonomía está por encima del perjuicio que pueda derivarse de la opción escogida.” (Sentencia T- 401/94)

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:

“[...] 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: [...] c) que el enfermo rehúse cumplir las indicaciones prescritas.”

En la órbita penal hay necesidad de hacer una aclaración: no hay delito en atentar contra sí mismo, contra su salud o contra su propia vida. El reconocimiento del principio de autonomía ha sido permanente en el derecho penal, que solamente castiga los comportamientos que atenten contra otra persona o contra la sociedad. El artículo 327 castiga la inducción o la ayuda al suicidio que ‘otro’ preste al suicida, quien (dicho sea de paso) actuará según su designio, sin miedo a la sentencia del juez. Pero el médico que lo induzca o que le preste ayuda será castigado con prisión de dos a seis años.

Obviamente, el principio de autonomía del paciente tiene un límite: el del actuar ético del médico, que ha jurado servir a la humanidad respetando la Ley. Por ello, cualquier determinación del paciente, por más ‘libre y autónoma’ que se pretenda, no obliga a un profesional que considere esta decisión absurda o contraproducente. Secundar al enfermo en su irresponsabilidad es participar conscientemente del daño que esa decisión pueda producirle.

LA CONDUCTA DEL MÉDICO ACUSADO

Con las consideraciones anteriores, es necesario enfatizar que el consentimiento informado, si bien es recomendable asentarlo de manera solemne (es decir, escrita) en la historia clínica, tanto en documento aparte como en la nota de

evolución intrahospitalaria, no es menos cierto que el Consentimiento no es apenas un simple papel que el paciente firma de manera automática.

Por el contrario, el consentimiento informado es un acto médico, en donde participan el médico, el paciente y la familia que el paciente autorice, con el objeto de preservar su intimidad personal.

Por un lado, si no aparece el documento o la nota de evolución que certifique que el médico sí explicó el procedimiento y los riesgos inherentes al mismo de manera directa al paciente, no quiere necesariamente significar que el ACTO MÉDICO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO no tuvo efecto. Y por esto, puede reconstruirse por alguno de los otros medios de prueba, como el testimonio de algún familiar, del mismo paciente, de las enfermeras que en un momento pueden estar presentes en la explicación ofrecida al enfermo, etc.

Si no aparece consignado en la historia y en realidad el médico no efectuó el acto médico jurídico de advertencia del riesgo (Ese es el consentimiento informado en términos legales), entonces ese médico será sujeto de un proceso disciplinario por negligencia.

De otro lado, puede aparecer el documento de consentimiento, sin que el médico haya participado en su elaboración con el enfermo, a través de un acto médico. En este caso, el consentimiento puede considerarse sin validez, porque el enfermo rubrica el documento sin conocimiento adecuado de lo que podría acontecerle.

Ahora bien, lo que sucedió con el médico acusado en este caso no encuentra asidero lógico. Habiendo tenido reuniones con la paciente y su familia; siendo consciente de haber hecho firmar el consentimiento de manera formal; sabiendo que el documento sí existe....Cómo se atreve a colocar a su paciente en riesgo, ordenando que se termine la anestesia porque no aparece un papel que sabe que sí existe?

Pero lo peor es que hay una nota obrante a folio 57 reverso, en donde se expresa claramente que la paciente acepta el procedimiento, previa advertencia de los riesgos del mismo.

Podría aducirse que, en caso de complicaciones, el documento de consentimiento es parte esencial en contra del médico acusado. Esto es válido. Pero si ese es el caso, cómo no se aparece el cirujano siquiera unos minutos

antes de ingreso al quirófano de su paciente para registrar que toda la historia se encuentre en orden?

De otro lado, el anestesiólogo debió confirmar, antes de comenzar el procedimiento anestésico, la integridad de los documentos exigidos para intervenir a un paciente en salas de cirugía.

Sin embargo, lo acontecido riñe con la justicia, con la compasión humana, con la consideración a los pacientes y con la esencia misma del ejercicio médico: La protección del enfermo por hallarse en condiciones de inferioridad. Adicionalmente, por la doble obligación de hacerlo, porque el médico es, sin lugar a dudas, un garante de su propio paciente.

Existe un término jurídico que debería aplicarse también al ejercicio de la Medicina: Las decisiones basadas en la sana crítica. Esta hace referencia a la apreciación probatoria procesal. Pero digo que se puede aplicar al ejercicio de cualquier profesión, porque hace referencia a una toma de decisiones con base en una adecuada experiencia, en reglas de lógica usuales, en el sentido común, en el convencimiento de un actuar correcto respecto de los demás y en acompañarse siempre del sentido de justicia.

Justicia la definieron los juristas romanos como la constante y perpetua voluntad de reconocerle a cada quien lo que le pertenece por derecho propio.

Y si a esto se suman principios éticos tan fundamentales como: Hacer con los demás lo que uno quisiera que hagan con uno; no hacer con los demás lo que uno no quisiera que hagan con uno mismo; y proteger a los demás de cualquier daño que pueda uno evitar en la medida de sus capacidades, la actuación del neurocirujano acusado no es congruente con la lógica, con el deber de confianza que la sociedad depositó en él, con el afecto que nosotros los médicos debemos sentir por los enfermos y, lo que es más importante, con poseer siquiera un mínimo de consideración humana con el ser humano que sufre.

Sabiendo que había efectuado el acto médico de consentimiento informado; sabiendo que el documento reposaba en algún lugar y que sí existía; siendo consciente de la existencia de la nota que reposa en la historia clínica: Cómo se atreve a ordenar la suspensión de un procedimiento tan delicado como un acto anestésico neuroquirúrgico?

Esto solamente sugiere a un analista imparcial que la arrogancia de algunos médicos no conoce límite. Y si se trataba de una paciente críticamente enferma, a la que el procedimiento hubiera prolongado siquiera algunas semanas su pobre existencia: Cómo tiene la osadía de detener un procedimiento, no efectuar el acto quirúrgico, volver a colocar a la paciente en capilla y observar frente a sus propias narices que fallece una semana después por hipertensión endocraneana?.

Este Tribunal considera que la sanción impuesta al acusado es demasiado leve al compararla con su reprochable conducta. Pero como no se puede asignar una mucho más fuerte, que sin duda alguna merece, porque se violaría en este caso el principio de la prohibición de la Reformatio in Pejus, no queda otra alternativa que confirmar la pena impuesta por el Tribunal Seccional de ética Médica del Meta.

Ahora bien, no se está poniendo en entredicho la integridad de los magistrados del Tribunal de Ética Médica del Meta. Por el contrario, damos fe de su integridad, dedicación, honestidad, probidad jurídica, corrección personal y calidad humana.

Quizás lo cuestionable es que la medida impuesta fué demasiado benévola en el caso sub judice. Y esto deja un sabor de amargura cuando se imagina el otro extremo de los implicados en este caso: Una familia huérfana de madre, un galeno arrogante que cree que puede decidir sobre la vida y la muerte de las personas, y una penalización demasiado suave.

Son suficientes las anteriores consideraciones para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de las atribuciones y del mandato que le confiere la Ley.

RESUELVA

ARTICULO PRIMERO. No aceptar los argumentos propuestos por el apelante en el recurso de alzada. ARTICULO SEGUNDO. Confirmar en toda su extensión la providencia del Tribunal Seccional de Ética Médica, de AMONESTACIÓN PRIVADA al doctor N.A.M.A., identificado con la cédula de ciudadanía número ... expedida en ..., Registro Médico número .., teniendo en cuenta los considerandos de la providencia de esta superioridad. ARTICULO TERCERO. Remítase al Tribunal Seccional de Ética Médica para lo de su competencia. COMUNIQUESE Y CÚMPLASE.

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

Bogotá, abril dieciocho (18) del año dos mil diecisiete (2017).

SALA PLENA SESIÓN No. 1362 DEL DIECIOCHO (18) DE ABRIL DEL AÑO DOS MIL DIECISIETE (2017)

REF: Proceso No. 1079 del Tribunal de Ética Médica de Caldas
Denunciante: Sr. C.A.V.T.
Contra: Dr. F.A.P.

Providencia No. 30-2017

Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Lago Barney

VISTOS

Por hechos ocurridos en noviembre 10 de 2014 se presentó queja ante el Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas por la presunta violación del Código de Ética Médica por parte del Doctor F.A.P., médico ortopedista.

En el Tribunal Seccional se consideró que había méritos para abrir investigación y mediante providencia del primero de marzo de 2016, se formularon cargos por presunta violación del Artículo 15 de la Ley 23 de 1981 , segunda parte:

“...Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente”; Concordante con el artículo 12 del Decreto 3380 del mismo año, que a la letra dice: “El médico dejará constancia en la historia clínica del hechos, de la advertencia del riesgo

previsto o de la imposibilidad de hacerlo”; providencia que fue notificada al médico endilgado el 17 de marzo de 2016. El 3 de mayo del mismo año rindió diligencia de descargos, presentando escrito a través de su apoderado.

Mediante providencia del 13 de diciembre de 2016 los Magistrados del Tribunal Seccional no aceptaron los descargos presentados por el Doctor F.A.P. en que se imponía sanción con amonestación privada, falta que le fue notificada personalmente a su apoderado, por medio de providencia el día 20 de enero.

El 17 de febrero, el apoderado interpuso recurso de Apelación contra la providencia del 13 de diciembre de 2016.

Mediante auto del 28 de febrero de 2017, El Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca concedió el recurso de Apelación ante este Tribunal.

El 2 de marzo se recibió en esta Colegiatura el recurso de apelación correspondiendo al Magistrado Gabriel Lago Barney .

HECHOS

La Señora M.F.G. de 67 años de edad para el momento de los hechos motivo de la queja, presentó caída aproximadamente en agosto de 2013 sufriendo trauma en hombro izquierdo; consultó a médico en noviembre del mismo año por dolor en dicho hombro, quien describió limitación de movimientos de éste. La paciente fue tratada con corticoides y analgésicos por médico general sin presentar mejoría suficiente, siendo remitida a ortopedista en diciembre de 2013. La Señora G., fue valorada por primera vez por el médico endilgado el 13 de enero de 2014 por referir dolor de cinco meses de evolución en hombro izquierdo, quien encontró limitación de los movimientos del hombro y revisó la radiografía correspondiente sin observar evidencia de alteraciones, por lo que complementó los estudios con ecografía de hombro, cuyo resultado fue interpretado normal en consulta del 6 de febrero de 2014; para el momento persistía con dolor; se confeccionó el diagnóstico de trastorno de los tejidos blandos. El 27 de marzo, por persistencia del dolor y ante la sospecha diagnóstica de síndrome de manguito rotador, se realizó infiltración con Kenacort A. El 19 de mayo, consultó nuevamente por dolor, y ante la falta de mejoría se realizó una segunda infiltración con el mismo medicamento y se envió a fisioterapia. El 10 de noviembre, a las 14:33 fue atendida por el Doctor A. quien, ante la persistencia del dolor en el hombro izquierdo, realizó nueva

infiltración con acetona de triamcinolona (Kenacort A[®]), posterior a lo cual la paciente presentó una sintomatología que fue interpretada, en el Servicio de urgencias del INSTITUTO DEL CORAZÓN de la ciudad de Manizales como Hipertensión esencial (Primaria) y dolor precordial. La atención en este Centro le fue dispensada a las 16:19 horas, es decir, una hora y 46 minutos después de la atención brindada por el Doctor A.P. en la misma Institución.

Según el Señor C.A.V.T., quejoso y yerno de la paciente, a ésta le realizó una infiltración de Kenacort[®] en el hombro izquierdo, correspondiente al sobrante de otro paciente. Según el quejoso, la paciente le manifestó al médico que se sentía muy mal, sin embargo éste la sacó del consultorio.

Al salir de la Institución la paciente tuvo que ser auxiliada por una persona que vendía dulces, aparentemente en las afueras de la Institución, se comunicó con la hija quien en compañía del esposo, la llevaron al INSTITUTO DEL CORAZÓN. Éste acompañó a la paciente para verificar lo sucedido, recibiendo, según el quejoso, como respuesta del médico: *“que eso era lo que aplicaban a todos los pacientes a diario y que si sentía mal que la llevaran por urgencias.”*

La paciente ingresó al servicio de urgencias donde fue atendida a las 16:19; el motivo de consulta fue: *“ Me duele el pecho”* En la enfermedad actual, el médico general que la atendió registró: *“Paciente de 67 años con antecedentes de HTA (sic) quien consulta por (sic) cuadro de 1 hora consistente (sic) en dolor torácico precordial tipo opresivo transfixiante (sic) a espalda, asociado a disnea, refiere que el dolor inició posterior a que se aplicó infiltración en hombro izquierdo (sic), se ingresa a sala de trauma (sic) se toma ekg (sic) el cual muestra.”* Como antecedentes registró historia de hipertensión arterial. Al examen de ingreso registró frecuencia cardíaca de 91 latidos por minuto, frecuencia respiratoria de 24 por minuto, tensión arterial 220/90, temperatura 36 grados centígrados, saturación 91% y glucometría de 108 mg/dL. Como hallazgos positivos registró la presencia de abundante panículo adiposo y limitación a la movilización del hombro izquierdo. Como hipótesis diagnósticas anotó: *“Hipertensión esencial (Primaria) y dolor precordial.”*

En el electrocardiograma no se observaron alteraciones por lo que se consideró se trataba de una crisis hipertensiva tipo urgencia que requirió manejo intrahospitalario y descartar posible evento coronario. Se prescribieron líquidos endovenosos, omeprazol, lopidrogel[®], heparina de bajo peso molecular, oxígeno, ácido acetil salicílico, labetalol endovenoso, y atorvastatina. Igualmente, se solicitaron ayudas diagnósticas. Se adicionaron

posteriormente, amlodipino, enalapril e hidrocloreotiazida, acetaminofén, ranitidina y dipirona. La paciente estuvo hospitalizada hasta el 14 de noviembre, sin embargo, el control de la tensión arterial se logró el mismo día del ingreso con la administración de labetalol.

El electrocardiograma y las ayudas diagnósticas fueron informadas normales, así como el Dímero D y la troponina. En la radiografía de tórax se observó: *“Cardiomegalia global. Aorta dilatada con calcificación de sus paredes. Ambos campos pulmonares con adecuada transparencia; hay algunas atelectasias en ambas bases pulmonares. Osteopenia. No hay ensanchamiento del mediastino.”*

Como parte de los estudios realizados durante la hospitalización se identificó una bula izquierda en pulmón que atribuyeron a antecedentes de exposición a combustibles de biomasa.

La paciente fue dada de alta con control en medicina interna un mes después y de ortopedia para continuar manejo de una bursitis que presentaba.

Para el momento de instaurar la queja, la paciente se encontraba hospitalizada.

RESULTANDOS Y CONSIDERACIONES

En el caso sub examine el quejoso hace referencia a un presunto maltrato del galeno con la paciente al no asistirle ante una condición clínica que presentó; sin embargo, le fueron formulados cargos por presuntas faltas contra el Artículo 15 de la Ley 23 de 1981 en la parte segunda y el Artículo 12 del Decreto reglamentario 3380 del mismo año, por lo cual esta Colegiatura se pronunciará sobre el cargo formulado.

Sobre la atención de ortopedia dispensada por el galeno endilgado no se presentaron quejas y el motivo de hospitalización en el INSTITUTO DEL CORAZÓN de la ciudad de Manizales, se debió a una urgencia hipertensiva en la que no se estableció una relación causal con el tratamiento dispensado por el Doctor A.P.

La raíz del consentimiento informado se arraiga en el respeto a la autonomía del paciente, entendida ésta como la acción libre previamente discernida.

Respecto al principio de autonomía, considera Stuart Mill citado por Pablo Simón y Javier Júdez (Medicina Clínica, Vol. 117, Núm 3, 2001, p 100) que

“Ningún hombre puede, en buena lid, ser obligado a actuar o abstenerse de hacerlo, porque de esa actuación o abstención haya de derivarse un bien para él, porque ello le ha de hacer más dichoso, o porque, en opinión de los demás, hacerlo será prudente o justo. Estas son buenas razones para discutir con él, para convencerle o para suplicarle, pero no para obligarle o causarle daño alguno si obra de modo diferente a nuestros deseos. Para que esta coacción fuese justificable, sería necesario que la conducta de este hombre tuviese por objeto el perjuicio de otro. Para aquello que no le atañe más que a él, su, independencia, es de hecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y su espíritu, el individuo es soberano. (Stuart Mill. Sobre la libertad. Madrid. Orbis, 1985;32)”

Este pensamiento libre y democrático planteado por Stuart Mill a finales del siglo XIX se fue abriendo paso para hacer frente al paternalismo en la relación médico paciente, por lo que la población tuvo que defender sus derechos legítimamente reconocidos en los estrados judiciales. Es así como en 1914, en la Sentencia del caso Schloendorff contra Society of New York Hospitals, el juez Cardozo incluyó una frase que se ha hecho famosa y que se repite como argumento ético-jurídico de lo que más tarde se reconocería como consentimiento informado, y que no es más que un correlato jurídico del principio de autonomía: *“Todo ser humano en edad adulta y juicio sano tiene derecho a determinar lo que debe hacerse con su propio cuerpo, y el cirujano que realiza una intervención sin el consentimiento de su paciente comete una agresión por la que se le pueden reclamar legalmente daños.”* (Simón, P.; Júdez, J. Medicina Clínica, Vol. 117, Núm 3, 2001, p 101)

Desde la teoría de la acción autónoma, para comprender el concepto de consentimiento informado, se deben hacer dos distinciones significativas: 1. Entre personas autónomas y acciones autónomas, y 2. Acciones sustancialmente autónomas y aquellas menos sustanciales. Muchas personas pueden realizar acciones autónomas sin ser personas autónomas, como es el caso del niño que sale a la calle sin permiso.

Para Stanley Benn una persona realmente autónoma es aquella cuya vida es consistente y cuyas decisiones se toman de manera coherente con sus valores, principios y creencias por lo que sus acciones son gobernadas independientemente y forman parte de su personalidad y plan de vida. Sin embargo, la realidad, según el mismo Benn, no siempre permite a los individuos lograr condiciones ideales para escoger las opciones óptimas sino las posibles, por lo que distingue el ejercicio de la autonomía del respeto a la autonomía como un acto de prudencia y responsabilidad, en este caso, del

médico, ante las opciones que tiene el paciente para escoger, pues muchas de estas opciones ante circunstancias dadas, se pueden apartar del ideal de vida planteado por el paciente.

Consentir y rechazar son acciones que dependen más de las acciones autónomas de las personas que de la autonomía de ésta, lo cual requiere la comprensión de lo que se consiente, situación que muchas veces no se logra por falta de capacidad de quien comunica o de intelección del que consiente. De aquí se desprende que para que se dé una acción autónoma se deban cumplir tres condiciones: La intencionalidad del acto a realizar, en donde opera en mayor grado la autonomía en la medida que quien consiente el acto sea a quien se identifique como el responsable de la intención emanada de su conciencia; el entendimiento de éste (del acto a realizar) y que esté libre de influencias controlables que puedan afectar la decisión, siendo estos de menor control por quien consiente, lo que lleva a que las acciones consentidas sean más o menos sustancialmente autónomas.

Para que se de el entendimiento del acto a realizar la comunicación debe ser efectiva por parte del médico y darse una correcta interpretación por parte del paciente de tal manera que haya correspondencia entre la interpretación y la representación del significado del acto a consentir.

Dentro de las influencias controlables se debe evitar que el paciente se centre en los deseos y el médico en las promesas sobre los resultados de la intervención, lo cual, para algunos autores se constituyen más en voluntades que en consentimiento. Cuando se mantiene un control sustancial de las influencias, se puede estar ejerciendo coerción sobre la decisión del paciente; si ésta se da en menor intensidad, se puede estar manipulando la decisión, y si no se haya en la franja de control no sustancial, el paciente puede ser persuadido, lo cual lo acerca a una actuación más autónoma. (Faden, R; Beauchamp, T. A History and Theory of Informed Consent; Oxford University Press, Oxford, 1986, pp 235-262)

Desde las perspectivas legal, filosófica, médica y psicológica se discute el consentimiento informado en función de sus elementos: Revelación del acto a llevar a cabo, comprensión de éste, manifestación de voluntad, competencia para consentir y consentimiento para llevar a cabo el acto consentido.

Para que una acción determinada se dé en el marco del consentimiento informado por la persona afectada para una intervención médica dada, debe cumplir con los siguientes parámetros:

1. Que la persona reciba información completa sobre la intervención propuesta.
2. Que la persona comprenda la información recibida. (Capacidad de comprensión y comunicación).
3. Que la persona actúe de manera voluntaria para consentir que se lleve a cabo la acción determinada.
4. Que la persona sea competente para consentir la realización de la acción determinada.
5. Que la persona consienta la intervención médica propuesta.

Es así como el consentimiento informado se puede definir como un acto, en este caso en el ámbito de la medicina, en que la acción propuesta a una persona se recibe por medio de una revelación en que se discute la intervención entre las partes; la persona que recibe la explicación comprende la revelación y toma una decisión voluntaria sobre la acción propuesta consintiendo o rechazando la realización de la intervención.

Es así como el proceso del consentimiento informado se fundamenta en el proceso ético de autonomía, conlleva un proceso de participación y deliberación mediado por un proceso comunicativo, que en el caso in comento se dio a lo largo de varios meses de una relación médico paciente M.F.G. y el Doctor F.A.P. en que se cumplieron los parámetros del consentimiento, como se desprende de la declaración rendida ante el Tribunal Regional de Ética Médica de Caldas. Durante la ratificación de la queja, la Señora G., manifestó haber recibido información del médico al manifestarle el galeno “¿qué voy a hacer con usted?”, ésta le respondió: “No sé porque usted me dijo que me iba a operar”, (Folio 21 del Expediente) lo que indica que poseía información suficiente y comprendía la progresión del tratamiento en caso de no obtener resultados favorables. El consentir voluntariamente, en dos ocasiones anteriores a la consulta motivo de la queja, infiltraciones en el mismo hombro, con la misma medicación y asistir a las terapias prescritas por el Doctor A.P., permite inferir que la paciente conocía el tratamiento y estaba de acuerdo con el plan terapéutico.

La paciente acudió a los controles por voluntad propia, incluso, el día de los hechos, había asistido mutuo propio sin compañía y aceptado la infiltración realizada en la condiciones descritas por el médico, lo que denota una

competencia para consentir la realización del procedimiento, como lo había hecho en dos ocasiones anteriores.

De lo anterior se colige, que la Señora G. consintió tácitamente, la realización de las infiltraciones realizadas por el Doctor A.P., sobre una base de información suficiente dentro de un plan terapéutico definido en que se planteó como opción la cirugía.

Respecto al consentimiento tácito esta Corporación se ha manifestado anteriormente:

“1.CONSENTIMIENTO INFORMADO TÁCITO

Expresa la doctora PAULA GUZMÁN BACCA lo siguiente:

La palabra consentimiento proviene del latín consensus “cum” “sentirē” que se considera un equivalente de asentir. Al consentir con alguien o con algo estamos ejecutando una expresión de autodeterminación ejercida por nuestra voluntad; ésto, por su puesto, suponiendo una decisión lícita, libre de vicios (error, fuerza y dolo) tomada conscientemente y con plena capacidad para hacerlo.

Podemos definirlo como la manifestación de una o más voluntades dirigidas a crear, extinguir o modificar una relación jurídica entre ellas. Los elementos indispensables para que nazca a la luz del derecho son: voluntad, capacidad, objeto, causa y por su puesto la validez.

Podemos afirmar que la relación Médico – Paciente es un negocio jurídico bilateral y oneroso en la mayoría de los casos, con una relación contractual de prestación de servicios. La naturaleza del contrato se ha confirmado en Sentencia del 5 de diciembre de 2002 del Honorable Consejo de Estado, consejero ponente Doctor Jesús María Carrillo Ballesteros, que ha dispuesto que: “Se trata de una relación médico-paciente en la cual los dos tienen que consentir en forma general para la celebración del contrato, y consentir en particular para la praxis especialmente riesgosa”. También se hace referencia en la misma sentencia a la responsabilidad que genera al afirmar que: “El consentimiento produce efectos tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual donde hay ausencia de vínculo o en la responsabilidad derivada del efecto en la ejecución de las relaciones regladas”.

En el ámbito médico existe el consentimiento informado. Se trata de un elemento

estructural de la relación médico- paciente en donde el galeno se encuentra sometido al deber de información y el paciente a tomar una decisión consciente y libre de aceptar o no someterse al acto médico propuesto, basado en la comunicación que se le haya suministrado. Esta debe ser previa, clara, completa, suficiente, adecuada y real para no vulnerar su libertad. El consentimiento se presenta como uno de los elementos indispensables del contrato de prestación de servicios y como medio idóneo para la manifestación de la voluntad del paciente que ha de estar exenta de vicios y que debe contar con plena validez para evitar su nulidad. Es por esa razón que se deben tener en cuenta condiciones mínimas como: la mayoría de edad, capacidad mental, concordancia entre lo querido y lo aceptado.”...

*La Corte Constitucional contempla el consentimiento tácito para ciertas prácticas y en determinados casos. Este punto se evalúa en la Sentencia SU 337-99 “En tal contexto, y de acuerdo a la naturaleza del asunto que la Corte debe decidir en este proceso, resulta en primer término relevante la distinción entre las terapias ordinarias, o no invasivas, las cuales tienen riesgos bajos y no afectan el curso ordinario de las actividades del enfermo, y las intervenciones médicas extraordinarias, en donde es notorio el carácter invasivo y agobiante del tratamiento en el ámbito de la autonomía del paciente. Así, es natural que el grado de información requerido en el primer caso pueda ser menor, y si bien el paciente tiene derecho a rechazar incluso esas terapias, **“el hecho de no manifestarlo y de aceptar las prescripciones clínicas, es un indicio suficiente para considerar una aceptación tácita que puede bastar para que el médico proceda con su tratamiento”**. Por el contrario, en las intervenciones invasivas, el deber de revelación es más exigente y la autorización por parte del paciente debe ser particularmente clara. Por consiguiente, entre más invasivo sea un tratamiento, más cualificado debe ser el consentimiento prestado por el enfermo y mayor la información que le debe ser suministrada.” (Subrayado no lo es en el texto)*

Siendo esta una actividad diferente a la comercial y teniendo en cuenta las implicaciones que tiene el tratar con la vida y dignidad de un ser humano, el médico está obligado a informar clara, completa, suficiente y adecuadamente el acto al cual el paciente bajo su cuidado estará sometido y este, así mismo, tiene el derecho a expresar su voluntad al aceptar o rechazar el tratamiento. Es por esto que es errado pensar que existe consentimiento tácito al sugerir que, si la comunicación recibida por el paciente y que lo llevará a tomar la decisión sobre su tratamiento viene por parte un tercero o algún medio diferente al médico tratante, puede tomarse como cumplida la obligación del profesional de la salud.

Es igualmente incorrecto pensar que el silencio o una conducta positiva frente a la propuesta del médico son suficientes para considerarlas como la exteriorización de la decisión de un paciente, puesto que la verdadera expresión de la voluntad requiere que se haga de manera inequívoca y sin espacio a interpretaciones.

A pesar que está permitido por la legislación que el consentimiento informado pueda recibirse de forma verbal lo ideal, en cualquier caso, sería que la voluntad estuviera contenida en un documento escrito, mientras las circunstancias lo permitan, sin importar el carácter o la naturaleza del procedimiento para tener un sustento documental de llegar a presentarse futuras controversias.”
(Providencia 77-2013.M.P. Fernando Guzmán Mora)

Así las cosas, esta Corporación considera que la paciente tenía conocimiento suficiente y había consentido, actuando de manera autónoma, el tratamiento que le estaba realizando el Doctor F.A.P. de tiempo atrás, consistente en la administración de acetónida de triamcinolona (Kenacort A ®)

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

RESUELVA:

ARTÍCULO PRIMERO: Revocar como en efecto revoca la sanción de Amonestación privada impuesta al Doctor F.A.P. por presunta vulneración del artículo 15 de la Ley 23 de 1981, en la parte pertinente y el Artículo 12 del Decreto Reglamentario 3380 de 1981. ARTÍCULO SEGUNDO: Declarar que no existen méritos para sancionar al Doctor F.A.P. ARTÍCULO TERCERO: Contra esta decisión no proceden recursos. ARTÍCULO CUARTO: Devolver al tribunal de origen para lo de su competencia. COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado -Presidente; GABRIEL LAGO BARNEY, Magistrado Ponente; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado; FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, diciembre seis (6) del año dos mil once (2011).

SALA PLENA SESIÓN 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. L.A.E.M. y R.A.Z.M. .
DENUNCIANTE: Sra... N.DEL S.M.N.
ASUNTO: PRESCRIPCIÓN

PROVIDENCIA No. 120 -2011

MAGISTRADO PONENTE: Dr. Germán Peña Quiñones

VISTOS

El 6 de octubre de 2011, el Tribunal del Cauca en Sala Plena resolvió declarar culpables a los Drs. L.A.E.M. y R.A.Z.M. 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. L.A.E.M. y R.A.Z.M. 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 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. Z. y él llamó a los familiares y el informó que se había complicado, que había sufrido un paro cardio-respiratorio 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. Z., 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. Z. “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 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. Z..”

LA ACTUACIÓN

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. L.A.E.M. y EL DR. R.Z.M.

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. L.A.E. 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. L.A.E.M., con quién compartió la magistratura de ese Tribunal de 2005 a 2007 y por existir amistad íntima con el Dr. R.Z.M. 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 IVÁN 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 EFRÉN LÓPEZ 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. L.A.E. y vínculos laborales anteriores y por amistad cercana con el Dr. R.Z.M. , 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. JOSÉ MARÍA 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. L.A.E.M. y amistad cercana con el Dr. R.Z.M., 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 H.R.P. 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 Klingler 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 H. R. P. y copia de la historia del menor y citó para oír en diligencia de testimonio a la madre del menor, Sra... N. del S.M.N. 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... N. del S.M. 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. R.Z.M. y al Dr. A.E. 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. A.E. y R.A.Z. 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. L.A.E. y designar al Magistrado Ancizar 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. L.A.E.M. en la que da su versión de los hechos y otra del Dr. R.A.Z..

El 11 de julio de 2011, el Funcionario Instructor dejó constancia en la que indica que el Dr. R.A.Z. no se presentó a la diligencia de versión libre y otra constancia de la misma fecha en la que deja constancia que el Dr. L.A.E.M. 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. R.Z.M. y al Dr. A.E.M. 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. L.A.E.M. y R.A.Z.M. 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. L.A.E.M. y R.A.Z.M. 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. L.A.E.M. y R.A.Z.M. 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:

<Jurisprudencia Vigencia>

Corte Constitucional

- Aparte tachado, declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia C-948-02 de 06 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 ultra activa 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 ultra actividad 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. L.A.E.M. y R.A.Z.M., 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; GERMÁN

PEÑA QUIÑONES, Magistrado- Ponente; LUIS ALBERTO BLANCO RUBIO, Magistrado. No firma por ausencia justificada; EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, septiembre treinta (30) del año dos mil ocho (2008).

SALA PLENA SESIÓN No.973 DEL TREINTA (30) DE SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL OCHO (2008).

Ref: Proceso No. 2090 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá.

Contra : Dr. O.A.G.A.

Denunciante: M.T.R.C.

Providencia No. 50-08

Magistrado Ponente: Dra. Guillermina Schönnewolff de Loaiza.

VISTOS:

Con fecha 22 de enero de 2004 la Superintendencia Nacional de Salud, remite queja presentada por la señora M.T.R.C. al Tribunal de Ética Médica de Bogotá, en contra Del Dr O.A.G.A., por múltiples irregularidades cometidas antes durante y después de ser intervenida quirúrgicamente por el Dr O.G. en El Hospital San José de Bogotá; hechos ocurridos entre El 24 de septiembre de 2003 al 29 de octubre Del mismo año.

En diciembre 6 de 2005, el Magistrado Instructor Dr Emilio Posada Sarmiento rinde su informe de conclusiones.

Con fecha diciembre 13 de 2005 la Sala Plena del Tribunal de Ética de Bogotá acoge el informe de conclusiones y resuelve formular cargos al Dr. O.G. por posible violación a los artículos 15 y 16 de la Ley 23 de 1981, en concordancia con los artículos 10 y 12 del decreto 3380 de 1981.

El Dr O.G. el 16 de abril de 2008, rinde sus descargos en compañía de su apoderada Dra Mayerly García Correal.

En Julio 23 de 2008, el Tribunal Seccional resuelve no aceptar los descargos y declarar que el acusado incurrió en violación de los artículos antes mencionados y como consecuencia sanciona al Dr O.G. con 15 días de suspensión.

El 14 de agosto de 2008 el Dr.G, por medio de su abogada interpone recurso de reposición y en subsidio de apelación.

El 27 de agosto de 2008 La Sala Plena del Tribunal de Bogotá resuelve no reponer el recurso de reposición y concede el recurso de apelación.

El 5 de septiembre de 2008 se recibe el expediente en el Tribunal Nacional de Ética Médica, el cual consta de un cuaderno de 140 folios, entra a reparto y en septiembre 9 se designa como Magistrado a la Dra Guillermina Schönnewolff de Loaza.

HECHOS:

La Señora M.T.R.C., de 54 años de edad, era atendida por el médico mastólogo Dr C. quien la envía al Hospital San José para cirugía de nódulos en seno derecho y glándulas supernumerarias en las dos axilas. Recibida en consulta por los doctores O.G. y M.A.S (folio 99) el 24 de septiembre de 2003, anotan en la historia clínica como motivo de consulta: estudio de masa en seno.

Paciente a quien se le iba a comenzar terapia de remplazo hormonal, se le realiza estudio ecográfico de mamas el 26 de diciembre de 2002, que reportó imagen sólida de contornos parcialmente definidos de ecogenicidad similar al tejido mamario en seno derecho por lo cual se toma BACAF que reporta mastopatía proliferativa benigna.

Se toma nueva ecografía en 07- 06/03 que reportó aumento de tamaño por lo que se ordena nueva ecografía – biopsia y bacaf de seno derecho el 15 de septiembre de 2003 (folio 102); que muestra: distribución de tejido glandular y graso normal en forma bilateral. Presencia de lesión focal en la interlinea externa del seno derecho de 23 por 25 por 15 milímetros de aspecto sólido heterogéneo, ovoide con algunas zonas de atenuación posterior. Pequeña nodularidad adyacente hipoecóica, sospechosa, de diámetro promedio de 12 milímetros. No adenopatías axilares. Se realiza biopsia reportada negativa para malignidad.

Al examen encontraron dolor a la palpación, antecedente de HTA en tratamiento; palpan nódulo en cuadrante inferior externo de consistencia blanda bien definido y móvil. Polimastia bilateral.

Solicitan paraclínicos completos previos a cirugía. Impresión diagnóstica de: 1- fibroadenoma mamario derecho y 2- polimastia bilateral.

Plan: Se pide autorización a EPS para realizar resección de nódulo mamario derecho y polimastia bilateral.

A folio 93 de la historia clínica se encuentra la valoración pre-anestésica que en procedimiento anotan resección de nódulo de seno derecho (septiembre 26 del 03).

A folio 91 se encuentra la historia clínica de cirugía ambulatoria, de fecha 24 de septiembre, con diagnósticos de 1- nódulo en seno derecho y 2- polimastia bilateral. Procedimiento: resección de nódulo de seno derecho mas resección de polimastia bilateral. Firmada la historia con sello del doctor M.A.S; y le indica regresar para programar la cirugía para octubre 14 del 03. En el mismo folio en la parte inferior de la hoja dice espacio para ser llenado por la enfermera jefe el día del ingreso y en el costa la fecha, (octubre 14 del 03), la hora de llegada, hora de la cirugía, hora de la ultima ingesta de alimentos, buen estado general y está firmada por Nidia Chacón (enfermera).

A folio 96 en formato pre-impreso: “Manifestación de consentimiento para la practica de intervenciones quirúrgicas, métodos diagnósticos o terapéuticos” (de fecha 14 de octubre del 03), día de la cirugía , y con letra a mano dice: Resección en nódulo en seno derecho, con la firma de la paciente pero sin la firma del cirujano.

En el folio 98 se encuentra la nota operatoria en donde costa que el procedimiento fue resección polimastia bilateral. Hallazgos : tejido mamario en región axilar bilateral. Complicaciones ninguna .Sangrado mínimo. Firmado : O.G. -.B.

Con otra letra al final de la hoja se observa anotación que dice bajo anestesia se palpó seno derecho sin evidencia de masas o tejido anormal. Se decide cancelar procedimiento (resección nódulo seno derecho).En la declaración rendida por el cirujano ante el Tribunal seccional explica que teniendo en cuenta que la resección implicaría un incisión en el seno con una gran

disección para encontrarlo (con el riesgo de no encontrarlo) se decidió terminar el procedimiento.

En la declaración rendida ante el Tribunal Seccional el 17 de septiembre de 2004, la paciente dice: "...me anestesiaron, cuando yo me desperté me toqué y únicamente tenía la cirugía de las glándulas supernumerarias. Le pregunte a la enfermera que había pasado, que porqué no me habían hecho la cirugía del seno pues no tenía vendaje, me contestó que hablara con la doctora B.... El día que yo fui primero fui donde la doctora V. (radióloga) y le conté lo sucedido y ella se extrañó y junto con el doctor M., me acostaron y me miraron con la pantalla y me dijeron que ahí tenía los nódulos.....le mandó una nota al doctor O.G. Él estaba en una reunión , lo busqué y le entregue la nota.....entré donde el doctor O.G. me examinó, me dijo que tenían que ordenarme nuevos exámenes y que tenía que hacerme otra cirugía, o sea ahora sí la del seno..... En vista de que otra cirugía y la anestesia me afecto tanto y por mi trabajo no me mande a operar nuevamente". Posteriormente la señora consultó un médico mastólogo quien le informo después de realizarle nuevos exámenes que no era necesaria la cirugía.

El 22 de octubre la paciente asiste a control con el Dr O.G., refiere sensación de masa en región axilar izquierda .no ha presentado fiebre y heridas quirúrgicas sin signos de infección, pero al no palpar masas por la dificultad del examen solicita ecografía mamaria y control con resultados. Se drena hematoma de región axilar.

Regresa a control el 29 de octubre con los doctores O.G. y B. trae ecografía que indica colecciones axilares trabeculadas, se drenan 30 cc de material cetrino en axila derecha y 20 cc en la axila izquierda. En la consulta palpan dos masas nodulares de contornos regulares de 1por 1 centímetro en cuadrante supero externo no adherido a planos profundos y otro en cuadrante ínfero-externo de 2 por 2 cm. Con diagnostico de seroma axilar bilateral y masa mama derecha, solicita autorización para nuevo Bacaf, estudio inmunológico y radiológico.

La paciente no asiste a más controles, por haber consultado a otro especialista.

El Tribunal Seccional de Ética Médica conceptuó que la revisión de la historia clínica de la paciente señora M.T.R. muestra que la atención médico-quirúrgica por parte de médico Dr O.A.G., se ajustó a las normas generales aceptadas para la situación clínico-patológica de la paciente.

Pero señala que el documento de consentimiento informado firmado por la paciente el mismo día de la cirugía, 14 de octubre, solo hace referencia a “resección en nódulo en seno derecho”, sin mencionar el diagnóstico adicional de glándulas supernumerarias, sin mención de riesgos y sin firma del médico. Y agrega que el documento firmado carece de validez y muestra que no se cumplió con el deber de un proceso de información por parte del profesional a la paciente, además de la información de los posibles y más frecuentes riesgos del procedimiento.

Por lo tanto el Tribunal de Ética de Bogotá formula cargos al Dr O.G. por posible violación a Normas de Ética Médica contenidas en la ley 23 de 1981 en los artículos 15 en su parte pertinente, y 16, concordante este último con los artículos 10 y 12 del decreto 3380-81, que a su letra disponen.

Artículo 15: “El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. PEDIRÁ SU CONSENTIMIENTO PARA APLICAR LOS TRATAMIENTOS MÉDICOS Y QUIRÚRGICOS QUE CONSIDERE INDISPENSABLES Y QUE PUEDAN AFECTARLO FÍSICA O PSÍQUICAMENTE SALVO EN LOS CASOS EN QUE ELLO NO FUERA POSIBLE, Y LE EXPLICARÁ AL PACIENTE O A SUS RESPONSABLES DE TALES CONSECUENCIAS ANTICIPADAMENTE”.

Artículo 16: “La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías producidas por efecto del tratamiento no irá más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados.”

Artículo 10 decreto 3380-81 “ El médico cumple con la advertencia del riesgo previsto, a que se refiere el inciso segundo del artículo 16 de la ley 23 de 1981, con el aviso que en forma prudente, haga a su paciente o a sus familiares o allegados, con respecto a los efectos adversos que en su concepto, dentro del campo de la práctica médica, puedan llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento médico.”

Artículo 12. Dec. 3380/81 “ EL MÉDICO DEJARÁ CONSTANCIA EN LA HISTORIA CLÍNICA DEL HECHO DE LA ADVERTENCIA DEL RIESGO PREVISTO O DE LA IMPOSIBILIDAD DE HACERLA.”

Examinados los hechos, materia de investigación, y de evaluar la defensa presentada en los descargos, la Sala Plena del Tribunal de primera instancia concluye que no son aceptables los argumentos esgrimidos por el disciplinario

(sic) y su abogada, y por lo tanto en julio 23 de 2008, resuelve: 1-Declarar que el doctor O.A.G. incurrió en violación de los artículos antes mencionados y como consecuencia resuelve sancionar al Dr O.G. con 15 (quince) días de suspensión en el ejercicio de la profesión .

El 14 de agosto la abogada del doctor O.G. interpone recurso de reposición y en subsidio de apelación. El Tribunal de Ética Médica de Bogotá resuelve no reponer la providencia impugnada y concede el recurso de apelación.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS :

El recurso de apelación: El acusado por medio de su apoderada impugna la decisión del Tribunal Seccional De Ética Médica de Bogotá en la siguiente forma.

Fundamenta los recursos en cinco puntos:

1-En el caso que se examina la H. Sala argumenta que mi prohijado incumplió con su deber ético-profesional al no suscribir consentimiento informado válido y escrito, ya que de no ser así la paciente Señora M.T.R.C., no hubiese formulado la respectiva queja.

Sobre este punto la defensa, reitera lo manifestado en la diligencia de descargos, si bien es cierto que el formato institucional de consentimiento informado que suscribió la señora M.T.R.C., tiene fecha 14 de octubre de 2003, es decir el mismo día de la cirugía, que carece de la firma del Dr O.G., no es menos cierto que dicho documento fue suscrito por la señora M.T.R.C. Precisamente el formato institucional que utilizaba el Hospital San José, para la fecha de los hechos consagra una nota donde indica que la paciente le fueron explicados los riesgos y complicaciones inherentes al procedimiento y que su voluntad manifiesta autoriza las intervenciones.

2-...Podemos colegir: que la paciente M.T.R.C. si consintió los procedimientos realizados por mi prohijado, tan es así que la misma quejosa manifestó ante la H. Sala, en diligencia de ampliación de la queja lo siguiente: “El Dr O.G. me examino junto con estudiantes, vio los exámenes y me envió a una ecografía de seno dirigida, me la hizo la doctora V.. Él después de ver la ecografía me preguntaron sí quería operarme. Yo además tenía glándulas supernumerarias, pero esta cirugía no era urgente, el problema era la del seno”.

Más adelante la quejosa manifestó:

Preguntado: “Sírvese informar a este despacho si previamente a la intervención para la cual usted estaba programada que era la cirugía de nódulo de seno, el Dr O.G. , le explicó los riesgos y complicaciones que acarrearía el procedimiento? Contesto: Él me preguntó que si quería la operación, los alumnos me examinaron, miraron las ecografías y que si estaba de acuerdo con la cirugía. Pregunta: Sírvese informar a este despacho si usted autorizó por escrito la intervención quirúrgica de sus glándulas supernumerarias?. Contestó: Sí a mi me hicieron firmar”

Dice la apoderada del Dr O.G. “Lo anterior a la luz de la libre valoración de la sana crítica de la experiencia nos lleva a la convicción clara e inequívoca que la quejosa si conocía y consentía los procedimientos quirúrgicos que realizaría el Dr O.A.G.A., y que le había explicado sus riesgos mas frecuentes”.

3- La doctora A.B. en su declaración ante el Tribunal afirma: “Usualmente al ingreso de la paciente antes de comenzar el procedimiento anestésico se vuelve a explicar cual es el procedimiento a seguir y los riesgos y complicaciones que están relacionados con el procedimiento que igualmente ya han sido explicados en la consulta prequirúrgica”

4- Anota la abogada que en Colombia no existe norma legal que indique que el consentimiento informado es exclusivamente válido siempre y cuando repose por escrito.

Tan es así que por fuente jurisprudencial se ha aceptado el consentimiento verbal siempre y cuando éste acto, de tan importante naturaleza, sea inequívoco.

5- Anota la defensa que el Dr O.G. le explicó a la paciente los riesgos más seromas frecuentes como eran: sangrado, infección de la herida quirúrgica, presencia de hematomas, dolor, complicaciones estéticas y reintervención. Apoya esta afirmación en un concepto emitido por la especialista Dra. S.D., aportado por la defensa.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA RESPECTO A LOS PLANTEAMIENTOS DE LA DEFENSA:

Para el Tribunal nacional de Ética Médica con la evidencia que figura en el expediente es claro que en ninguna parte de la historia clínica correspondiente a las tres consultas de cirugía general en donde fue atendida la paciente por el doctor O.G. (Septiembre 24, octubre 22 y 29 del 2003) figura anotación

alguna que se hubiera advertido a la paciente las posibles complicaciones o los riesgos inherentes a dicha cirugía.

A folio 91 del expediente se encuentra la hoja correspondiente a cirugía ambulatoria dividida en dos partes: el primer espacio para ser llenado por el cirujano el día de la consulta y se encuentra firmado por el doctor M.A.S. En la segunda parte correspondiente al espacio para ser llenado por la enfermera jefe el día del ingreso a cirugía, en ella figura además de la fecha la hora de ingreso y la hora de cirugía; con letra manuscrita dice: buen estado general y firma de la enfermera Nidia Chacón, fecha octubre 14.

A folio 96, el formato preimpreso que se utilizaba en el hospital San José, para toda clase de procedimientos y cuyo título es: COMO MANIFESTACIÓN DE CONSENTIMIENTO PARA LA PRACTICA DE INTERVENCIONES QUIRÚRGICAS, MÉTODOS DIAGNÓSTICOS O TERAPÉUTICOS. Se encuentra diligenciado a mano con la misma letra de la enfermera Nidia Chacón y en él solo reza: resección en nódulo seno derecho, firmado por la paciente y sin firma del médico y sin anotación explicativa de los riesgos y complicaciones.

En diligencia de declaración rendida por la Señora M.T.R.C. ante el Tribunal De Ética Médica de Bogotá a folio 31 la paciente dice: “ Me hicieron todos los exámenes de rigor para la cirugía que fue el 14 de octubre de 2003. Ese día llegué a internarme en el Hospital San José, no hable con el doctor O.G. ...”.

Estas afirmaciones demuestran que el doctor O.G. no se entrevistó con la paciente el día de la cirugía, por lo tanto, no le pudo haber suministrado ninguna información sobre los riesgos y complicaciones del procedimiento en el momento que la paciente firmó el formato de consentimiento .

El Tribunal Nacional considera que la afirmación de la paciente “Él, después de ver la ecografía me preguntaron si quería operarme. Yo además tenía glándulas supernumerarias, pero ésta cirugía no era urgente, el problema era el seno”, indica claramente que la preocupación de la paciente era el nódulo del seno y no las glándulas supernumerarias y que aunque firmó esa autorización esto no indica que supiera los riesgos y posibles complicaciones de la misma.

El Tribunal Nacional está de acuerdo con la afirmación de la doctora A.B., que usualmente el procedimiento a seguir es que antes de iniciar la anestesia se vuelve a explicar el procedimiento a realizar con sus riesgos y complicaciones, pero en este momento nos estamos refiriendo al caso concreto de la Señora

M.T.R.C., y como ya se demostró el formato pre-impreso del consentimiento informado fue diligenciado por la enfermera jefe y no por el médico tratante, y sin firma de este último.

El Tribunal Nacional está de acuerdo con la especialista mastóloga doctora D., en cuanto que estas son las complicaciones que se pueden presentar en ésta clase de cirugías, pero eso no confirma que el Dr O.G. le hubiera advertido a la paciente sobre ellas.

La ley 23 de 1981 en el artículo 16 concordante con el artículo 12 del Decreto Reglamentario 3380 de 1981, en donde es claro en indicar que debe anotarse por escrito.

CONSIDERACIONES SOBRE EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

En providencia 51-2004 del 14 de septiembre del 2004 el doctor Diego Andrés Rosselli Cock manifestó:

“...El principio subyacente al consentimiento informado es complejo, y en todo caso el proceso no culmina con la obtención de un documento escrito, firmado por el paciente en la víspera misma del procedimiento quirúrgico, o en la antesala del quirófano. El verdadero consentimiento informado incluye una explicación pormenorizada, en un lenguaje asequible a cada paciente según su nivel de preparación y su capacidad de entendimiento, con suficiente información para que el paciente tome la decisión.

Muchos profesionales de la medicina y de otras disciplinas de la salud, así como muchos directivos del sector, parecen creer que el concepto de consentimiento informado se limita a este documento preestablecido y estereotipado, que debe llevar la firma del paciente.

Pero el término es mucho más amplio que eso: se aplica a la interacción personal del profesional directamente responsable del acto médico o, en ocasiones, de otro integrante del equipo de salud, que debe suministrar la información suficiente al paciente para que él o ella tome una decisión “informada”, que preserve sus valores y respete su autonomía. Si el paciente no está adecuadamente informado, incluyendo allí no solamente los hechos asociados con el tratamiento en cuestión, sino los riesgos tanto de la intervención como de las otras opciones terapéuticas, el consentimiento no ha de ser válido, así figure la firma del paciente en el formato respectivo...”

En la sentencia T 555-95 de la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Alejandro Martines Caballero, sobre el consentimiento informado del paciente se lee: “Dada la distancia científica que generalmente existe entre el médico y el enfermo lo mínimo que se le puede exigir a aquel es que anticipadamente informe al paciente sobre los riesgos que corre con la operación o tratamiento o las secuelas que quedarían, con la debida prudencia, sin minimizar los resultados pero sin alarmar al enfermo en tal forma que desalentaría el tratamiento; es un equilibrio entra la discreción y la información que solo debe apuntar a la respuesta inteligente de quien busca mejorar la salud, superar una enfermedad o mitigar el dolor.”

A su vez la resolución 13437 del 1 de noviembre de 1991 del Ministerio de Salud por la cual se adopta el decálogo de los derechos del paciente en su artículo 1 numeral 2 establece “su derecho a disfrutar de una comunicación plena y clara con el médico, apropiadas a sus condiciones psicológicas y culturales, que le permita obtener toda la información necesaria respecto a la enfermedad que padece, así como a la procedimientos y tratamientos que se le vayan a practicar y al pronóstico y riesgos que dicho tratamiento conlleve...”

En providencia No. 27-03 del 10 de junio del 2003, el doctor Fernando Guzmán Mora anota: “...El Código de procedimiento civil (sec III régimen probatorio título XIII), en su artículo 251 expresa:

Documento es todo aquel elemento perceptible por los sentidos del oído y la vista que al ser examinado sirva para comprobar la existencia de un hecho o una manifestación del intelecto y que, por lo tanto, puede ser llevado físicamente ante el juez.

De acuerdo con el Profesor J Parra Quijano, en el aspecto procesal y probatorio hay dos tipos de documentos: Solemne (cuando la ley impone que un acto se celebre a través de un documento específico, como la venta de un inmueble o un consentimiento informado); y Probatorio cuando se constituye como objeto permanente de representación como medida de seguridad (Historia clínica).

De acuerdo con el decreto 3380 de 1981 que reglamenta la ley 23 de 1981, el artículo 54: la sanción disciplinaria se aplicará teniendo en cuenta los antecedentes profesionales y personales del infractor y las circunstancias atenuantes o agravantes de la falta; considera que en éste caso el doctor O.G.A., no registra antecedentes disciplinarios...”

TENIENDO EN CUENTA TODAS LAS ANTERIORES CONSIDERACIONES EL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA EN USO DE SUS FACULTADES LEGALES QUE LE CONFIERE LA LEY

RESUELVE:

Artículo primero: Confirmar el artículo primero de la resolución de julio 23 de 2008, del Tribunal de Ética Médica de Bogotá por el cual declara que el doctor O.A.G.A., identificado con cédula de ciudadanía número ... de .. y registro médico del ministerio de salud, incurrió en violación de los artículos 15 y 16 de la ley 23 de 1981, concordante éste último con los artículos 10 y 12 del decreto 3380 del mismo año.

Artículo segundo: Revocar la sanción impuesta al doctor O.A.G.A. de 15 días de suspensión en el ejercicio de la profesión y en su defecto imponer la sanción de censura escrita y pública. Artículo tercero: Devolver el expediente al tribunal de origen para su notificación. NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

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

Santafé de Bogotá D. C., tres (3) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

SALA PLENA SESIÓN NO.589 DEL TRES (3) DE AGOSTO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA y NUEVE (1999)

REF: Proceso No. 095 del Tribunal de Ética Médica del Meta.
Denunciante. Fiscalía General de la Nación Unidad Tercera. Especializada
Contra el doctor J.M.D.G.

Providencia No. 06-99

Ponente: doctor HERNANDO GROOT LIEVANO

VISTOS

Por providencia del 28 de junio de 1999, el Tribunal de Ética Médica del Meta, en el proceso; adelantado contra el Dr. J.M.D.G., determinó que era del caso imponerle una suspensión en el ejercicio profesional superior a los seis (6) meses, razón por la cual, en virtud de lo dispuesto en el artículo 84 de la ley 23 de 1981 determinó su remisión a ésta Corporación.

La Sala procede a resolver lo pertinente luego de hacer un análisis de los siguientes

HECHOS:

El proceso se inicia como consecuencia de las copias enviadas por la Fiscalía General de la Nación, del proceso adelantado contra el médico J.M.D.G. por el delito de acto sexual violento en perjuicio de la menor de 12 años L.S.T.C. Se abrió proceso disciplinario el 27 de enero de 1998.

La menor T.C. manifestó que al llegar al consultorio del médico Dr. J.M.D.G., le había dicho que se acostara en una camilla que había en la parte interior del consultorio, donde la hizo desvestir y le examinó la vagina pero sin hacer utilización de los guantes, después se bajó la cremallera y con el miembro inició una serie de frotamientos en la vagina, momentos en los cuales le había manifestado que si quería ser su novia, pero le tapaba la boca con las manos, razón por la cual y angustiada se puso a llorar. El se subió la cremallera, le dijo que se vistiera y en el escritorio le formuló, y en un papelito le escribió el nombre y el número del teléfono para que lo llamara los fines de semana, porque en los días laborables no estaba. Dice que inmediatamente le contó lo sucedido a sus padres, la acompañaron a una inspección de policía y posteriormente a la Sijín, donde de inmediato la remitieron al Hospital donde le realizaron todos los exámenes.

A folio 15 aparece el dictamen de Medicina Legal en el que se dice que examinada la muestra recibida como frotis vaginal tomado a L.S.T.C. se observó la existencia de espermatozoides.

A folio 16 aparece otro dictamen de Medicina Legal en el que se dice que, examinados unos interiores rosados se observaron espermatozoides, al igual que en la camilla del consultorio nro.1.

Examinada la menor por medicina legal se concluyó que no había señas de desfloración (f.17). Se le abrió proceso penal en la Fiscalía y al ser indagado negó totalmente los hechos que se le imputan (folio 37). Existe constancia en la sentencia condenatoria de primera instancia, folio 220 y ss, que en la audiencia pública confesó los hechos, pero agregando que había sido con el consentimiento de la menor.

Declaró la menor M.H.Y.G. en el actual proceso disciplinario (f 85), quien anteriormente a los hechos objeto de investigación manifiesta que había consultado con el acusado, de quien dice que aprovechó la ocasión para invitarla a salir y cuando aceptó el requerimiento la invitó a unas residencias, lugar en el que se produjeron unas caricias y besos y luego relaciones sexuales no por voluntad propia por el efecto del miedo que le inspiró el acusado.

En ampliación de indagatoria rendida por el Dr. J.M.D.G. aceptó la existencia de la relación, pero agregando que era la menor quien permanentemente lo llamaba y se había insinuado para que tuvieran relaciones. Finalmente acepta que tuvieron relaciones sexuales en unas residencias.

Se realizó en los laboratorios de medicina legal de Bogotá el examen de DNA en el cual se concluyó: “ El tipo genético de J.M.D.G. coincide totalmente con el de los espermatozoides encontrados en L.S T. Por lo tanto, el sindicado no se excluye como el origen de estas células.

“2) es 3760 millones de veces más probable que los espermatozoides vengan de J.M.D.G. a que vengan de otro hombre en la misma población”.- (folio 125).”

Por resolución del 16 de febrero de 1998 la Fiscalía dictó resolución de acusación contra el Dr. D. por el delito de acto sexual violento (folio 134 y ss).

Se le recepcionó declaración a la menor T.C. dentro del proceso disciplinado y allí nuevamente reiteró las imputaciones contra D.B.

Se formularon cargos por providencia del 11 de junio de 1998, contra el disciplinado por la violación de los artículo 1¹, numerales 1,4 y 9, artículo 2² y artículo 9³ de la Ley 23 de 1981. (folio 159).

1- Art. 1.. Numeral 1. La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de 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 distinciones 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.

Numeral 4.La relación médico- paciente es elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito, debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico, el cual impone la más estricta reserva profesional.

Numeral 9. El médico, por la función social que implica el ejercicio de su profesión, está, obligado a sujetar su conducta pública y privada a los más elevados preceptos de la moral universal.

2- Art. 2. Para los efectos de la presente ley, adóptanse los términos contenidos en el juramento aprobado por la Convención de Ginebra de la Asociación Médica Mundial, con la adición consagrada en el presente texto.

El médico deberá conocer y jurar cumplir con lealtad y honor el siguiente

JURAMENTO MEDICO

Prometo Solemnemente Consagrar mi vida al servicio de la humanidad;

Otorgar a mis maestros el respeto, gratitud y consideración que merecen,

Enseñar mis conocimientos médicos con estricta sujeción a la verdad científica y a los más puros dictados de la ética; Ejercer mi profesión dignamente y a conciencia;

Velar solícitamente y ante todo, por la salud de mi paciente;

Guardar y respetar los secretos a mí confiados;

Mantener incólumes, por todos los medios a mi alcance, el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica;

Considerar como hermanos a mis colegas;

Hacer caso omiso de las diferencias de credos políticos y religiosos, de nacionalidad, razas, rangos sociales, evitando que éstos se interpongan entre mis servicios profesionales y mi paciente;

Velar con sumo interés y respeto por la vida humana, desde el momento de la concepción y, aún bajo amenaza, no emplear mis conocimientos médicos para contravenir las leyes humanas;

Solemnemente y espontánea, bajo mi palabra de honor, prometo cumplir lo antes dicho.

3- Artículo 9. El médico mantendrá su consultorio con el decoro y responsabilidad que requiere el ejercicio profesional. En él puede recibir y tratar a todo paciente que lo solicite.

El doctor D. rindió diligencia de descargos del 22 de octubre de 1998 en la que manifestó:

“...Yo, si le falté a mi ética sinceramente pero no de la forma como me lo pone la Fiscalía ahí, ni mucho menos con un antecedente que me colocaron ahí con una muchacha que salió conmigo; yo en ningún momento he intentado violar una muchacha allá en una residencia, por que yo creo que ustedes dos (se refiere la magistrada Dra. Lucrecia Mojica de Sánchez y a la secretaria Abogada) que son unas mujeres; de pronto no entran a una residencia a conversar con una persona. Si. Le falté a la ética, si, por qué? Porque actué dentro del consultorio también porque actué con una menor de edad, con L.S.T., ... Yo soy culpable doctores, yo soy culpable de lo que pasó en el consultorio, porque yo soy un médico, no debí dejarme llevar por mi impulso como ser humano. Si, no se por qué me denunció, no se el motivo, ella sabrá el motivo, pero yo si concurrí conquistando a la muchacha, yo si hice todo esto, ella fue participe en esto conmigo, pero tampoco es la excusa que voy a presentar, no quiero de pronto recibir la amonestación o lo que vayan a hacer en contra mía pero yo les pido el favor que sean lo mas justos posible, que lean bien el proceso y vayan a la etapa del juicio y que pidan las copias... Si señor.

El acto sexual fue un acto sexual diverso al acceso carnal, fue un acto sexual que consto de frotar el pene en los labios mayores de la niña, eso si fue, y terminó este acto cuando se dió la eyaculación, no cuando se produjo ningún llanto, porque no hubo ningún llanto de parte de ella ni nada, yo me despedí de pico, una prueba que está también doctor es que yo le di mi teléfono en un papel informal, no le di la tarjeta, y le di mi horario de cuando podía estar libre y todas esas cosas, eso es verdad doctor; pero ella no esperaba de pronto eso, el hecho de que el médico fuera a conquistarla ni nada por el estilo.” (f 178).

Por providencia del 28 de junio de 1999, el Tribunal de Ética Médica del Meta determinó no aceptar los descargos del disciplinado y concluyó que por la gravedad de la falta era necesario imponer suspensión superior a los seis (6) meses en el ejercicio de la profesión médica.

Por providencia del 21 de enero de 1999 el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Villavicencio condenó al Dr. D. a la pena principal de ocho (8) años de prisión y como pena accesoria a la prohibición en el ejercicio de la profesión médica por un período de cuatro (4) años.

En la sentencia mencionada se hicieron las siguiente reflexiones:

“ Sin duda debe el juzgado iniciar la motivación de la punibilidad reiterando que el delito atribuido al procesado reviste suma gravedad comparado con otros comportamientos de la misma naturaleza, porque fue perpetrado no solo por un profesional de la medicina, sino que utilizó el ejercicio de tan noble profesión para realizar el ilícito, prevalido de la confianza y honorabilidad que genera en las personas el ser médico, conllevó a la menor ofendida a ubicarse en una posición que le impedía cualquier rechazo o defensa y luego sorpresivamente ejecuta actos sexuales en su cuerpo.

“Es evidente que además la personalidad del encausado merece un ostensible juicio negativo, pues aprovecha su profesión para realizar el delito sin importarle mancillar el buen nombre de la medicina, y con gran insensibilidad moral.

...

“Igualmente, de conformidad con el artículo 58 del C. P. se impondrá al encausado como pena accesoria la prohibición de ejercer la medicina por el lapso de cuatro años, para lo cual se librarán los oficios pertinentes”.

No puede la Sala menos que con dolor, expresar la profunda conmoción que le produce el tener que juzgar la conducta de un colega que en un triste y equivocado momento de su vida profesional utilizó el ejercicio de su actividad para dar rienda suelta a sus mas bajas pasiones; porque constituye una realidad que el sexo como expresión del amor, es la más perfecta expresión de la compenetración de dos seres que se manifiestan en esa identidad existencial que constituye la vida, porque con esa manifestación de unidad se expresa el hombre en toda su intensidad y con ella el reconocimiento de su finitud, y la reproducción como un sustituto a la imposible eternidad.

Cuando el que está encargado de dar confianza a quien sufre los malestares que afectan la salud, cuando a quien se le brinda todas las intimidades surgidas de las debilidades del cuerpo y de la psiquis, olvida su trascendental misión de curación y de confianza, es apenas obvio concluir que incurre en la más grave de las infracciones al ejercicio de la profesión médica, porque quien aprovechando esa privilegiada posición abusa de ella, transgrede los principios más importantes que desde las más remotas concepciones históricas hicieron que naciera el médico para curar, para brindar apoyo, dar confianza, ofrecer sostén ante la adversidad de la enfermedad y consuelo ante la proximidad de la muerte.

No existe la más mínima duda de la responsabilidad del disciplinado, porque el resultado de la prueba técnica, y su confesión relevan a ésta Corporación de hacer consideraciones de tipo probatorio, y es apenas obvio que el consentimiento o nó de la paciente son irrelevantes para deducir la grave responsabilidad del médico que nunca podrá excusarse en consentimientos o aceptaciones dados u ofrecidos en el interior del consultorio o en el desarrollo del acto médico.

En el desarrollo histórico de las teorías del derecho penal el maestro de los maestros, Carrara, habló de la violencia grata, queriendo indicar con tal expresión que cuando las solicitudes más o menos bruscas, o más o menos violentas del conquistador finalmente eran aceptados por la requerida, no podía hablarse de acceso carnal violento; pero es claro que tales concepciones teóricas que tienen validez en el ámbito de la responsabilidad penal no pueden ser aplicadas en el ejercicio de la profesión médica, porque hemos de manifestar una vez más, que el consultorio constituye un templo imposible de ser mancillado con las manifestaciones primarias del sexo, ni siquiera con consentimiento de la paciente; porque el acto médico tiene que ser clara muestra de manifestación profesional, donde aquella persona que acuda tenga la certeza que siempre encontrará un apoyo irrestricto de humanismo, ciencia, colaboración y ayuda.

Lo que ocurra en contravía de los principios que regulan el ejercicio de la medicina no pueden tener perdón, porque quienes vulneran tales principios afectan la medicina como profesión y crean un clima inaceptable de desconfianza en los profesionales de quienes ejercen la más noble de todas las profesiones.

Lo sucedido en el caso que es objeto de análisis, no debería ser objeto de reflexión en un Tribunal de ésta naturaleza, porque rebasa las posibilidades de una competencia creada fundamentalmente para sancionar a los que actúan imprudente o negligentemente para castigar aquellos que siendo imperitos accionan como médicos; pero jamás debería ser campo de competencia para juzgar a aquellos que rebasando todos los límites de la ética profesional sobrepasan aspectos culturales que tienen que ver con la responsabilidad penal, porque intencional y profesionalmente abusan de sus conocimientos científicos para concluir en actos aberrantes de los que no quisiéramos tratar.

Los hechos objeto de juzgamientos evidentemente son gravísimos y por tanto deben dar origen al máximo de la sanción prevista, esto es, cinco (5) años

de suspensión en el ejercicio de la profesión, castigo con que el Tribunal se encuentran plenamente de acuerdo.

Pero es evidente que la justicia ordinaria impuso al disciplinado una pena de cuatro (4) años de suspensión en el ejercicio de la profesión y que el mencionado castigo se le impuso fundamentalmente en razón de haber sido realizado el delito en el ejercicio de la actividad médica.

Lo anterior no deja la más mínima duda si se releen las consideraciones de la Fiscalía que con anterioridad fueron transcritas y ello nos lleva de manera necesaria a concluir que en respeto del principio constitucional del non bis in idem sería imposible imponer por una falta profesional de ésta naturaleza una pena superior a los cinco (5) años de suspensión en el ejercicio de la profesión médica, porque ello rebasaría el máximo de sanción prevista legalmente, significando como es apenas obvio una violación del principio constitucional antes mencionado.

Como consecuencia de las reflexiones antes expuestas la sanción imponer debe ser la de cinco (5) años de suspensión en el ejercicio de la profesión médica, pero como la justicia ordinaria ya le impuso por razón de haberse realizado la conducta ilícita en el ejercicio del acto médico, para evitar la violación del principio constitucional se le impondrá un (1) año más de suspensión, para que de ésta manera quede sancionado con el máximo de suspensión previsto en la ley de ética médica.

Realizaremos a continuación algunas reflexiones sobre el non bis in idem, desde su concepción constitucional para que la decisión que aquí se toma sea comprendida en toda su intensidad.

El aforismo latino “Non Bis ‘in idem” significa:

“ No dos veces por igual causa. En materia penal significa que no cabe aplicar dos sanciones por una misma infracción, ni acusar por segunda vez por igual hecho, a no mediar nuevas pruebas y dentro de gran limitación.

No se infringe el principio cuando se ha pronunciado sobreseimiento temporal, pues cabe reabrir el juicio de aparecer nuevas pruebas.

“No obstante esa garantía, que, sobre todo lo procesal estricto, es indiscutible favor para los malhechores, existe una fragilidad legal al respecto, que consiste

en permitir la sanción administrativa además de la punitiva que impongan los tribunales ordinarios o militares. En lo castrense, esta excepción de dualidad se lleva a los tribunales de honor; donde no cabe segunda acusación contra el mismo y por lo mismo, salvo nuevas pruebas fehacientes.

“La jurisprudencia española tiene establecido que la sanción administrativa de una falta no obsta a la imposición del castigo judicial con arreglo al código penal; ya que, como la autoridad administrativa no constituye jerarquía en la justicia, no produce su fallo la excepción de cosa juzgada...”⁴

Escribe en su insuperado Diccionario, en referencia al origen y objetivo de la institución nos dice:

“Tales son, como lo anuncia el mismo legislador, las leyes que la justicia y la humanidad han prescrito en todo tiempo a favor de los acusados. Ilusoria sería la ventaja de haber sido absuelto, si el acusador tenía el derecho cruel de renovar perpetuamente sus denuncias sobre el mismo hecho y si el acusado no pudiese pedir asilo sino en la tumba. La ley 7 del mismo título del Digesto está concebido en términos tan positivos como los que acabamos de citar: *Lisdem Criminibus quibus quis liberatus est, non debet proeses patie eudem iterum acusari*”.⁵

Se trata de un principio que cumple una doble finalidad, pues en primer lugar se trata de un concepto político de seguridad individual, pero al mismo tiempo representa una garantía procesal derivada de la cosa juzgada, al igual que una protección para evitar la posibilidad de una doble punición.

Fernando de la Rúa refiriéndose a este principio sostiene que:

“En materia procesal penal, la intangibilidad de la sentencia produce especialmente el efecto negativo de impedir una nueva persecución penal cuando dentro de ciertos presupuestos - se trata de considerar su revisión a favor del imputado, precisamente porque no es tanto una garantía procesal como una garantía política con la que se quiere proteger, más que la estabilidad de la sentencia, la libertad individual de los ciudadanos”.⁶

4- *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Guillermo Cabanellas Pág. 564, Tomo y E. Heliasta. Buenos Aires.

5- *Diccionario razonado de la legislación y jurisprudencia*. Joaquín Escribe Pág 1338. Garnier hermanos Libreros Editores París. Sin año de edición

6- *Enciclopedia Jurídica omeba*. Fernando de la Rúa. E. Bibliográfica omeba pag 323, Tomo XX Buenos Aires.

Claría Olmedo haciendo referencia al mismo tema sostiene que:

“Las normas constitucionales prohíben que se persiga penalmente a una persona más de una vez por el mismo hecho.

Este principio, consagrado desde antiguo, ha sido respetado en la práctica, salvo algunos errores del concepto.

...

“Se trata de un ensanche del efecto negativo de la cosa juzgada penal. Ese ensanche se advierte en el empleo del participio” perseguido “o” encausado en vez de “penado”, lo que comprende la litis pendencia, el sobreseimiento y la absolución, a más de la condena”.⁷

Manzini refiriéndose a este concepto nos enseña:

“ Ne bis in idem (o bis de eadem re ne sit actio (no haya dos veces acción acerca de lo mismo) representa uno de los efectos inherentes a la fuerza preclusiva de la autoridad de la cosa juzgada; efecto que, por lo demás, no es necesaria y exclusivamente propio de las sentencias basadas en autoridad de cosa juzgada”.⁸

Fernández Carrasquilla en referencia al mismo principio afirma:

“ Para evitar, entonces, que un mismo hecho se sancione penalmente más de una vez, aunque sea con denominaciones distintas, existe el postulado del “(ne bis in idem” no dos veces por lo mismo). Según este postulado, que deriva sin obstáculos del principio de legalidad (artículo 1.), para cada delito unitario existe una pena legal unitaria, de suerte que no se puede multiplicar la imputación para dar lugar con su ejecución a varios delitos y varias penas. De otra parte, los factores que sean valorados como elementos integrantes de la figura legal no pueden al mismo tiempo apreciarse como circunstancias agravantes del delito o de la punibilidad, ni, a la inversa, los que se han considerado como componentes del tipo, estimarse a la vez atenuantes (C. P. artículos 64 y 65). El mismo ingrediente no puede configurar el injusto típico y en simultaneidad agravarlo, atenuarlo o excluirlo, ni siquiera si una vez se lo toma como integrante del tipo de injusto y otra como circunstancia de la

7- *Derecho Procesal Penal*. Jorge A. Claría Olmedo, pág 66> Tomo I. E. Córdoba. Córdoba 1.984

8- *Tratado de derecho, procesal penal*. Vincenzo Manzini. pág 524, Tomo IV E. de cultura jurídica. Caracas 1.987.

culpabilidad, responsabilidad o punibilidad. Aun cuando el “ne bis in idem” en cuanto a norma de garantía, actúa sobre todo para proteger al reo de una doble o múltiple incriminación total o parcial, funciona del mismo modo con respecto a lo que pudiera favorecerlo pues las atenuantes y eximentes también están reguladas por la ley de un modo directo, privativo y generalmente taxativo, por imperio de la seguridad jurídica y efecto de la división de poderes (que impide al juez convertirse en legislador penal)”⁹

Juan J. Queralt refiriéndose a la institución en estudio dice:

“No castigar a un mismo sujeto dos o más veces por un mismo hecho es el significado tradicional del precedente enunciado.

Castigar dos o más veces por el mismo hecho equivale a imponer más de una vez o hacer recaer sanción administrativa y penal sobre ese mismo hecho.

...

La otra consideración previa que se quería poner de manifiesto antes de entrar a analizar los temas antedichos es la que hace referencia a la doble funcionalidad sustantiva y procesal del non bis in dem. Así es: nacido como un instituto procesal anclado en la idea de la cosa juzgada, lo que potencia la idea de la seguridad jurídica, este principio evoluciona hacia el terreno mucho más sustancial y consistente de la prohibición del doble castigo a un mismo sujeto por idénticos hechos respondiendo a idéntico planteamiento normativo”¹⁰

En el artículo 29 de la Carta aparece consagrado un principio genérico que bien puede corresponder tanto a la garantía de la cosa juzgada, como al del non bis in idem, porque la expresión gramatical da lugar a que dentro de tal concepto queden incluidos los dos principios.

La norma constitucional establece el derecho ciudadano:

“... a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.

De todas maneras creemos que la expresión gramatical se acerca más al concepto del no bis in idem que la cosa juzgada, porque la prohibición del doble juzgamiento comprende la posibilidad de los procesamientos paralelos y también el nuevo juzgamiento cuando existe uno anterior terminado por

9- *Derecho Penal Fundamental*. Juan Fernández Carrasquilla pág 106, Tomo II E. Temis. Bogotá. 1989.

10- *Principio non bis in idem*. Joan J. Queralt. Pág 9 E. Tecnos Madrid. 1992.

decisión firme; es por ello que cuando la expresión constitucional en análisis alude a la prohibición del doble juzgamiento comprende lo que debe entenderse por *non bis in idem*, (simultáneo o el consecutivo a una decisión ejecutoriada, igualmente comprende los aspectos del derecho penal material que impiden la doble consideración de un mismo elemento para deducir del mismo un concurso, o un elemento del tipo y de una circunstancia de agravación o de la punibilidad), pero comprende igualmente el concepto de la cosa juzgada.

Se trata de dos principios muy similares que tienen solo algunas aristas que los separan, y podríase llegar a afirmar que el concepto en estudio tiene un marco de aplicación mucho más amplio que el de la cosa juzgada. Se puede aseverar que el principio del *non bis in idem* es el género, mientras que la cosa juzgada es la especie, -a pesar de que el *non bis in idem*, en sus orígenes se extrae del concepto de la cosa juzgada-, porque es evidente que el primero tiene un mayor marco de cobertura que el segundo, puesto que sirve como argumento para evitar un doble juzgamiento simultáneo, pero al mismo tiempo puede ser opuesto a una nueva pretensión de procesamiento cuando existe decisión con la fuerza de la cosa juzgada. E igualmente como ya se anticipó es garantía fundamental en el derecho penal material para impedir que el juzgador en un momento determinado considerase dos veces un mismo hecho para hacer más gravosa la situación del procesado.

No ha existido fortuna por parte del legislador colombiano para precisar los dos conceptos que por similares que sean, son diversos, porque si bien es cierto que la expresión constitucional los abarca a ambos, lo cierto es que solo estableció el concepto de la cosa juzgada tanto en el código penal, (art.9) como en el Código de Procedimiento Penal (art 15), institución que por ser menos rica en su contenido descriptivo no alcanza a comprender el concepto que ahora se analiza. Para que se pueda pensar en cosa juzgada, de manera necesaria se tiene que partir de una decisión ejecutoriada que haya resuelto el fondo del asunto; es por ello que en las dos normas antes citadas se inicia en su definición haciendo referencia a una decisión firme, la primera dice: “el procesado condenado o absuelto mediante sentencia ejecutoriada...”

Y la segunda así:

“La persona cuya situación haya sido definida por sentencia ejecutoriada o por providencia que tenga la misma fuerza vinculante..”

Velázquez V. en referencia a esta dificultad conceptual ha dicho:

“Es tal la trascendencia dada por el codificador a este apotegma, que lo ha regulado tanto en las codificaciones sustantivas como en procesal, aunque en ambos casos confunde la causa con el efecto, la consecuencia (el non bis in idem) con la norma general.

En virtud de este postulado, la sentencia o providencia de fondo debe tener los caracteres de definitividad e imutabilidad (C.P: art.8), lo cual significa que la decisión debe encontrarse debidamente ejecutoriada, esto es, no debe ser susceptible de impugnación por vía de recurso alguno o que habiéndose interpuesto este haya sido decidido a tiempo.”¹¹

El error conceptual de nuestro legislador es mayúsculo porque es claro que en las dos codificaciones han debido incluirse los dos principios, pero esta equivocada concepción significa que los aspectos del derecho penal material que impiden la consideración de un mismo elemento en varias ocasiones para hacer más gravosa la situación del sindicado no caben dentro del limitado concepto de la cosa juzgada que se contempla en el artículo 9 del C. P.

De la misma manera, es evidente que la posibilidad de un doble procesamiento simultáneo no queda incluido dentro de las limitaciones definicionales de la cosa juzgada que aparecen en el artículo 15 del C. de P. P.

Afortunadamente el concepto aparece en la norma constitucional comentada y de allí se proyecta su existencia para evitar verdaderas barbaridades jurídicas que surgirían de las erróneas concepciones insertadas en los artículos antes comentados.

Ramón García Albero en referencia al doble contenido del concepto del non bis in idem (material y procesal), sostuvo:

“En una primera concreción, suele señalarse que el non bis in idem tiene una vertiente sustantiva y otra procesal. Desde el punto de vista material, el principio veta la plural imposición de consecuencias jurídicas sobre una misma infracción. Desde la perspectiva procesal, el “non bis in idem” determina la imposibilidad de reiterar un nuevo proceso y enjuiciamiento del hecho sobre el que ha recaído sentencia firme o auto de sobreseimiento libre. Ya la primera subdistinción en el ámbito operativo del principio, muestra una especificación tanto de sus presupuestos como de las consecuencias jurídicas que, admitida por el momento a modo de hipótesis, no resulta coincidente. En el caso del

11- *Derecho Penal. Parte General. Fernando Velázquez Velázquez* pág 248. E. Temis Bogotá 1994.

“non bis in idem material”, el presupuesto estaría constituido por la identidad de la infracción y la consecuencia, por la sanción de contenido punitivo. El non bis in idem procesal tomaría por contra como presupuesto, no el “crimen”, sino el “factum”, y como consecuencia a evitar, cabalmente, el propio proceso. Ello no es sino la manifestación del alto nivel de generalidad del enunciado normativo en que consiste el principio, que determina la imposibilidad de ser aplicado sin añadir premisas normativas adicionales. En rigor estas premisas - que afectan como ya es obvio al, presupuesto y a las consecuencias del principio - son irreductibles desde el propio “non bis in idem”, y requieren ser fijadas analizando la bondad de las mismas para explicar satisfactoriamente la distintas instituciones en las que se manifiesta”¹²

Se ha venido afirmando que el concepto en estudio es de una mayor cobertura descriptiva, puesto que la cosa juzgada solo alude a la pretensión de nuevo juzgamiento, frente a una decisión ejecutoriada sobre los mismos hechos; mientras que el non bis in idem comprende igualmente la anterior hipótesis, pero además la posibilidad del doble procesamiento simultaneo, o las eventualidades del derecho penal material, al tenerse en cuenta dos veces un mismo elemento del delito, de la penalidad, o de sus circunstancias para hacer más gravosa la situación del procesado.

Es por lo anterior, por lo que afirmamos que la expresión gramatical de la carta: “no ser juzgado dos veces por el mismo hecho” es más cercana al concepto del non bis in idem que al de la cosa juzgada, porque tal como aparece es comprensiva de la hipótesis de quien ya ha sido juzgado por decisión firme y al mismo tiempo de las otras opciones cobijadas por la institución que estudiamos, relacionadas con el doble procesamiento simultáneo y las posibilidades que surgen del derecho penal material.

Pecan entonces nuestros ordenamientos penal y de procedimiento penal al incluir solo el concepto de cosa juzgada, porque quedan por fuera las otras eventualidades que se han estado mencionando, que si están perfectamente comprendidas dentro de la expresión gramatical utilizada por el constituyente, porque gracias a su generalidad y abstracción, comprende íntegramente todas las hipótesis comprendidas por las dos figuras que se han venido mencionado.

Solo en el anteproyecto del que finalmente fuera código procesal de 1.987 se intentó precisar y definir los dos conceptos, aunque con poca fortuna, porque

12- *Non bis in idem. Material y Concurso de leyes penales.* Ramón García Albero. Pág 24. Cedec Editorial S.I. Barcelona. 1995.

creemos que se repitió en dos ocasiones el concepto de la cosa juzgada, sin llegarse a la idea verdadera de lo que es el non bis in idem.¹³

Es importante proceder a determinar cuales son las razones de naturaleza política, filosófica, o axiológica que justifican en el ámbito constitucional la prohibición de un doble procesamiento o la imposibilidad de tener en cuenta varias veces un mismo hecho para hacer más gravosa la situación del procesado.

Entre las razones mas cotidianamente acordadas por la doctrina para justificar la existencia de ésta prohibición se encuentran las siguientes:

- a) El principio de legalidad
- b) La limitación del poder punitivo del Estado
- c) El principio de proporcionalidad

La inclusión del principio del non bis in idem en el artículo 29 constitucional, evidentemente se encuentra estrechamente vinculado con el principio de legalidad porque es evidente que al considerarse valorativamente dos veces un mismo hecho para hacer más gravosa la situación del procesado, se vulnera el proceso de adecuación típica y por ende el principio de tipicidad, porque este solo se admite la consideración unitaria de una conducta referida al hecho que ha de adecuarse a la descripción legal de la acción digna de reproche penal, porque es claro que el proceso de adecuación típica, derivado del principio de legalidad solo admite que una conducta se adapte a un solo tipo penal y cuando un elemento del tipo, de sus circunstancias, o un hecho fácticamente considerado dan lugar que se consideren valorativamente dos veces para hacer más gravosa la punibilidad o para patrocinar un doble procesamiento, se desconoce el principio de la tipicidad y por ende se viola el principio de legalidad; lo segundo, porque es evidente que el Estado y el Derecho como creaciones del hombre, que los ha concebido para su propio servicio y beneficio, no pueden vulnerar, menoscabar, ni desconocer la dignidad del

13- Art 20. Anteproyecto Código de Procedimiento Penal 1.986. *Non bis in idem. El procesado condenado o absuelto mediante sentencia ejecutoriada proferida por juez colombiano, no será sometido a nuevo proceso por el mismo hecho, aun cuando a éste se le dé una denominación distinta.*

Art 21. *Cosa juzgada. La persona cuya situación procesal haya sido definida por sentencia ejecutoriada, o por autor que tenga la misma fuerza vinculante, tendrá derecho a que dicha situación no sea puesta en duda, ni sometida a nuevo juicio, excepto lo previsto para recurso extraordinario de revisión. Salvo en los casos taxativamente previstos en el Código Penal, tampoco podrá hacerse nuevo juzgamiento en Colombia cuando la sentencia haya sido proferida por juez extranjero.*

hombre, porque siempre los intereses, expectativas e ilusiones de éste estarán por encima de los intereses del Estado, que solo puede ser entendido como un ente instrumental destinado a crear las condiciones sociales, económicas, culturales y políticas para que el hombre pueda vivir en paz, divinidad, libertad y en tales condiciones poder desarrollar libremente su personalidad.

Fiel a éstos principios, es que la doctrina universal del derecho penal solo ha admitido la posibilidad de dos figuras concursales, el real o material y el ideal y ha planteado la imposibilidad jurídica del concurso aparente de tipos, que supone la presunta adecuación simultánea de una conducta fácticamente considerada en varios tipos penales, razón por la cual se han dado una serie de soluciones para solucionar esta hipótesis imposible de un plural proceso de adecuación típica que se soluciona por la aplicación de los principios de la especialidad, consunción, y subsidiaridad.

b) Dentro de tales concepciones es claro que el poder punitivo del Estado está perfectamente limitado y siempre encontrará en su ejercicio una valla inexpugnable que es la indescionable dignidad del hombre: su creador; es por esta filosofía humanística del Estado y del Derecho que la capacidad punitiva está perfectamente limitada y es así como no puede imponer la pena capital,¹⁴ ni podrá legalizar la desaparición forzada, ni los tratos crueles, inhumanos ni degradantes;¹⁵ no podrá vulnerar la intimidad de los ciudadanos, ni la privacidad de su correspondencia;¹⁶ no podrá consagrarse la esclavitud, ni la servidumbre;¹⁷ no puede el Estado privar de la libertad a los ciudadanos, ni violar su domicilio, sino mediante orden judicial escrita, por motivo previamente definido en la ley y con el lleno de las formalidades legales, de la misma manera que no se puede consagrar la prisión por deudas, ni crear penas o medidas de seguridad imprescriptibles;¹⁸ no se puede

14- Art. 11. *El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte*

15- Art. 12.- *Nadie será sometido a desaparición forzada, tortura, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.*

16- Art. 15. - *Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tiene derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.*

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Solo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de, contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.

17- Art. 17. *Se prohíben la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas.*

18- Art. 28 *Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.*

concebir persecución penal sino por motivos previamente definidos en la ley, se debe investigar y juzgar con el respeto a las formalidades propias del debido proceso, no se pueden utilizar pruebas ilícitas¹⁹ y es imposible patrocinar un doble procesamiento, nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, ni contra sus parientes,²⁰ no podrán consagrarse las penas de destierro, prisión perpetua, ni confiscación.²¹

El doble procesamiento, o de la valoración de un mismo, hecho de un elemento del tipo de sus circunstancias claramente desborda ese poder punitivo del Estado, vulnera el principio de legal infringe el concepto de un estado social y democrático de derecho al vulnerarse el principio constitucional del debido proceso.

Como lo afirma uno de los autores citados en precedencia la inexistencia de esta prohibición daría lugar a que el Estado pudiera patrocinar una persecución indefinida, frente la cual el ciudadano no tendría ninguna posibilidad de defensa excepto el asilo ofrecido por el sepulcro.

Además debe recordarse que el procesamiento solo es posible en la relación: “.....al acto que se le imputa.....”: descripción gramatical utilizada por el constituyente que evidentemente descarta que por un solo hecho o acto surgiera una pluralidad de imputaciones.

C).- El principio de proporcionalidad, deviene lógico del principio de igualdad,

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

19- Art. 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. ▽

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las 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 permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se le 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 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

20- Art. 33. - Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo, o contra su cónyuge, compañero permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil

21- Art. 34. se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación.

No obstante, por sentencia judicial, se declara extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro Público o con grave deterioro de la moral social.

que supone un similar tratamiento legislativo para todos los ciudadanos y de la misma manera, un igual trato de parte de los funcionarios del Estado, que lleva de manera necesaria a que la persecución del Estado se justifique por la realización de un hecho, pero nunca el doble procesamiento por una única conducta, que evidentemente desborda el poder persecutorio del Estado y vulnera el principio de proporcionalidad.

En este sentido García Alberto ha sostenido:

“ Desde esta perspectiva, podría considerarse que la imposición de varias sanciones al mismo ilícito supone un sacrificio de derecho ni exigible ni necesario para los fines de tutela perseguidos, y por ello resulta desproporcionada. Ahora bien, ello presupone que efectivamente ambas sanciones están indicadas para el mismo ilícito, esto es que existe un efectivo concurso de normas sancionadoras y no un mero conflicto. Porque si efectivamente se trata de un conflicto y por ello sólo cabe aplicar la sanción de la norma que mejor aprehenden lo antijurídico del hecho, es obvio que para esa concreta infracción el ordenamiento ha querido una sola sanción, pese a la “apariencia” de una pluralidad de conminaciones. Pues bien, en la delimitación entre el efectivo concurso de normas sancionadoras y el mero conflicto, parece que la proporcionalidad por si sola no puede jugar papel alguno, sino que tal tarea ha de realizarse con criterios lógicos y teleológicos que develen el solapamiento desvalorativo de ambos preceptos. Una vez afirmado y resuelto el conflicto, la vulneración del principio de la legalidad antecede a la propia lesión del principio de proporcionalidad.²²

Debemos reconocer como una realidad la ausencia de un claro concepto normativo del non bis in idem, porque como ya se dijo a nivel constitucional aparece una idea genérica comprensiva de las dos instituciones, pero a nivel puramente legal solo aparece consagrado el principio de la cosa juzgada. En tales condiciones es imprescindible que intentemos dar un concepto que comprenda los aspectos procesales y del derecho penal material del principio del non bis in idem, aceptando desde ya las naturales limitaciones que tiene toda definición, el concepto jurídico-político estudiado debe entenderse como:

El principio constitucional del non bis in idem, como uno de los elementos integradores del concepto del debido proceso, garantiza a todos los ciudadanos la imposibilidad de un doble juzgamiento, bien en el caso de existencia de una

22- *Nom bis in idem. Material y concurso de leyes penales.* Ramón García Albero. Pág 91 Cedecs Editorial. Barcelona 1995.

decisión ejecutoriada, o en el de un doble procesamiento simultáneo; pero igualmente le garantiza que no se tome en cuenta dos veces un mismo hecho elemento o circunstancia, como parte integrante del tipo, de la antijuridicidad, de la culpabilidad, o sus circunstancias; o la doble desvalorización de ese mismo hecho para concluir en la existencia de un concurso delictivo; o una misma circunstancia punitiva para hacer un doble aumento en la penalidad.

Todas las precedentes reflexiones para concluir que si por la gravedad de la falta en que se incurrió por parte del disciplinado se merece el máximo de sanción previsto en la ley de ética médica, que es cinco años de suspensión en el ejercicio de la profesión, pero igualmente es una realidad que la justifica ordinaria le ha impuesto una sanción de cuatro años de suspensión en el ejercicio de la profesión por haber realizado la conducta ilícita en la actividad médica, y de manera mas concreta en un acto médico, es evidente que no podría este tribunal imponer una sanción de cinco (5) años en el ejercicio de la profesión, que fuera acumulativa con la anteriormente impuesta por la justicia ordinaria, porque de hacerlo así se estaría violando el principio constitucional antes estudiado.

En las condiciones precedentes, para efectos de evitar la violación constitucional se impondrá la máxima sanción prevista para conducta realizada, pero como ya se le impuso una pena de cuatro (4) años, en este caso la sanción a imponer será de un (1) año de suspensión en el ejercicio de la profesión que será acumulativa con la antes impuesta por la justicia ordinaria

Son suficientes las consideraciones precedentes para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en el ejercicio de las funciones que legalmente le han sido atribuidas.

RESUELVA

ARTICULO PRIMERO: IMPONER SANCIÓN DE SUSPENSIÓN DE UN (1) AÑO DE SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN MÉDICA al Dr. J.M.D. por los hechos por los cuales fue acusado, entendiéndose como se dijo en la parte motiva de la providencia, que esta sanción es acumulativa con los cuatro (4) años de suspensión que por el mismo motivo le impuso la justicia ordinaria, por haber sido el motivo de tal sanción originado en un acto médico.- ARTICULO SEGUNDO: COMUNIQUESE el contenido de esta decisión al Ministerio de Salud, a los Tribunales Seccionales de Ética 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 TERCERO: contra esta providencia proceden los recursos de ley.

FDO. JORGE VARGAS SEGURA, Presidente, HERNANDO GROOT LIEVANO, Magistrado; ODILIO MÉNDEZ SANDOVAL, Magistrado, HUMBERTO GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, Magistrado, JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Abogada Secretaria General.

Bogotá D. C., octubre veintitres (23) del año dos mil uno (2001).

SALA PLENA SESIÓN No. 683 DEL VEINTITRES (23) DE OCTUBRE DEL AÑO DOS MIL UNO (2001).

REF: Proceso Acumulados No. 1262 y 1271 del Tribunal de Ética Médica
De Cundinamarca
Contra el doctor J.R.M.C.

Providencia No.34-2001.

Magistrado Ponente: Dr. Hernando Groot Liévano

VISTOS.

Por autos del 12 de diciembre del 2000 el Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca formuló cargos disciplinarios atentatorios contra la Ética Médica contra el Dr. J.R.M.C., por hechos ocurridos el 2 y el 21 de junio del mismo año que habían sido investigados en procesos separados.

Por auto del 20 de marzo de 2001 se ordenó la acumulación de los dos procesos.

Por decisión del 11 de septiembre de 2001 se determinó que por la gravedad de las faltas era del caso imponer sanción de suspensión superior a los seis (6) razón por la cual en virtud de lo previsto en el artículo 84 de la ley 23 de 1981 se determinó su remisión a ésta Corporación para lo de su competencia.

El Tribunal Nacional de Ética Médica procede a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

HECHOS:

Se trata de dos hechos ocurridos en noviembre de 1999 y en junio de 2000, de conductas realizadas sobre dos pacientes que debían ser intervenidas quirúrgicamente, situación aprovechada por el disciplinado para realizar actos erótico-sexuales consistentes en frotamiento de sus genitales sobre los cuerpos de las pacientes a quienes debía de prestar sus servicios como anesthesiólogo.-

RESULTANDOS.

Tratándose como se trata de procesos acumulados debe advertirse que ésta figura existía en el Código Procesal de 1991,¹ pero desapareció dentro de la nueva ley procesal de 2000. Pese a lo anterior debe subsistir en éste proceso la prementada figura puesto que ello comporta favorabilidad para el disciplinado.²

Debe recordarse que dentro de los tres grandes sistemas punitivos que se conocen a través de la historia y en las diversas legislaciones,³ nosotros

1- ART. 91.—*Procedencia. A partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, habrá lugar a la acumulación de procesos, en los siguientes casos:*

1. *Cuando contra una misma persona se estuvieren siguiendo dos o más procesos aunque en éstos figuren otros procesados.*

2. *Cuando estén cursando dos o más procesos penales por delitos conexos que no se hubieren investigado conjuntamente.*

2- **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 parte destacada no es del texto).-

C. de P. P. Ley 600 de 2000 ART. 6°—**Legalidad.** *Nadie podrá ser investigado, ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al tiempo de la actuación procesal, con observancia de las formas propias de cada juicio.*

La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

La ley procesal tiene efecto general e inmediato.

3- *La punibilidad a lo largo de la historia ha sido regulada de conformidad con tres grandes sistemas a saber: a) El de la acumulación aritmética; b) El de la acumulación jurídica y c) El de la absorción.*

De conformidad con el primero, en los casos de delincuencia concursal, delitos conexos o acumulados, se suma la pena de cada uno de los diversos delitos, para imponer como pena definitiva el resultado de dicha operación aritmética.

De acuerdo con el segundo, - el de la absorción – se escoge la pena mas alta asignada al más grave de los delitos y ésta absorbe las demás.

De acuerdo con el tercero, la punibilidad a imponer surge de la imposición de la pena señalada para el delito más grave, aumentada hasta en otro tanto.

El sistema de la acumulación aritmética es extremadamente drástico – acogido principalmente en las culturas de influencia anglosajona – y puede llevar a la imposición de penas irracionales que podrían ser la imposición de

acogimos el sistema de la acumulación jurídica, que busca una posición intermedia entre los otros dos sistemas extremos por su drasticidad y laxitud. Busca entonces este sistema evitar que el sindicato pudiera recibir una pena que fuera excesivamente prolongada o que pudiera exceder los límites punitivos impuestos por el legislador, o también la imposición de penas excesivamente benévolas.

En el caso concreto del proceso disciplinario ético varios procesos adelantados por separado contra un mismo médico y en el caso de faltas graves podría imponérsele la pena de cinco (5) en cada uno de los procesos acumulados, sanciones que sumadas darían penas que superarían en mucho el máximo de la sanción prevista en la ley de ética. Al producirse la acumulación jurídica de procesos, no importa el número de procesos acumulados, en ningún caso la pena imponible por todos ellos podría exceder de los cinco (5) años.

En las circunstancias precedentes se ha de mantener la acumulación de procesos decretada, pese a que la figura ya desapareció en la actual legislación, por ser mucho más favorable para el disciplinado esta opción, que el adelantamiento y fallo separado de los diversos procesos acumulados.-

Precisado lo anterior se hará un análisis separado de los diversos procesos acumulados para llegar en cada uno de ellos a la decisión que se ajuste a los hechos probados.

El primer proceso se inicia por hechos ocurridos el 20 de noviembre de 1999 en el Hospital de La Mesa cuando la señorita S.C.C. fue internada en la sala de cirugía de esa institución, donde le fue presentado el Dr. J.R.M.C. de quien se le dijo era el anestesiólogo que la iba a atender en la cirugía de una hernia que la aquejaba. Dice la denunciante que estando completamente desnuda en la camilla, el anestesiólogo se le acercó y le puso el pene en su cola, sostiene no haber dicho nada porque de pronto iban a pensar que estaba completamente loca, que después bajo los efectos de la anestesia le había cogido la mano y se frotaba con ella.

varias penas de muerte o varias cadenas perpetuas o en el caso de la privación de la libertad a penas que fácilmente rebasan la vida probable de un ser humano.

El sistema de acumulación jurídica – acogido en sistemas de influencia continental europeo como el nuestro -, es un sistema intermedio que rechaza la excesiva drasticidad del primero y la benevolencia del sistema de la absorción. Por ello se impone la pena destinada para el delito más grave, aumentada hasta en otro tanto, pero sin que se pueda exceder un máximo determinado previamente por la ley.

El sistema de la absorción como ya se dijo ha sido criticado por su excesiva laxitud, puesto que se sanciona solo uno de los delitos cometidos y se termina por indultar los demás. Es un sistema que en la actualidad no es acogido por ninguna legislación.

El segundo proceso se inicia por hechos ocurridos el 18 de junio de 2000 cuando la señora I.C.V. fue internada en el Hospital de La Mesa para una cesárea, donde fue atendida en la Sala de cirugía por el anestesiólogo Dr J.R.M.C. quien aprovechando la situación de desnudez de la paciente, solo cubierta con una sabana, realizó actos eróticosexuales con su pene sobre su cuerpo.

En los procesos se les recibió declaración a las denunciadas S.C.C. e I.C.V., quienes se ratificaron de sus respectivas denuncias.-

En el primer proceso de la señorita C.C. fue llamado a rendir versión libre, debidamente acompañado por un apoderado y en relación con los hechos dijo:

“...durante la cirugía hubo un momento en el cual yo me acerqué al brazo y mano de la paciente y propicie el contacto de estos con mis genitales...”

Explicando la razón de su conducta dijo:

“...Han existido ocasiones en las cuales surge un impulso no controlable por realizar esto que se puede llamar froteurismo cuyo fin es buscar el placer...”
(Lo destacado no lo es en el texto).

Reconoció igualmente que este tipo de conductas se habían presentado en otras ocasiones.

En el proceso en el cual figura como víctima la señora I.C.V., debidamente acompañado de un apoderado, reconoció conocer las quejas presentadas por sus actuaciones en el Hospital de La Mesa y otra en el Hospital Santa Clara. En relación con los hechos reconoció:

“...en el momento en que yo estaba valorando el sitio de colocación de la anestesia me acerqué a la paciente y froté mis genitales contra la espalda de ella, ...froté mis genitales contra su espalda y región lumbar, en ningún momento se intentó realizar cualquier tipo de acceso carnal o algo parecido”.-

Como razón explicativa de su conducta dijo:

“ Han existido ocasiones en las cuales surge un impulso no controlable por realizar esto que se puede llamar froteurismo cuyo fin es buscar placer (Lo destacado no lo es en el texto).

Al ser preguntado si había acudido a tratamiento especializado contestó:

“ Si y la he tomado, durante este año estuve en tratamiento psicológico desde el mes de enero hasta el mes de mayo con la doctora Lucía Nader, quien me atendía en su consultorio una vez por semana, dejé de asistir a su consulta debido a los altos costos que implicaba ya que en ese momento surgieron unos gastos inesperados en mi hogar

El disciplinado solicitó se escuchara en declaración al psiquiatra Efraín Felipe Quiroga Hernández, quien en marzo del presente año, dijo que desde enero había acudido el Dr. J.R.M.C. a su consulta y en relación al tema de la misma dijo:

“ Consultó desde enero de éste años, el motivo de consulta se refiere a que en circunstancias de su trabajo o en lugares donde hay mucha gente, como en el transporte público, comienza a tener obsesiones sexuales y a padecer un impulso irrefrenable para masturbarse frotándose con una mujer o que esté apretada contra él, en el transporte público, o en condición de su trabajo que está en una condición pos-anestésica despertando o bajo sedación post anestésica. El diagnóstico es una parafilia que es una desviación del objeto sexual que ocurre de manera compulsiva y escapa al control del paciente, la parafilia se llama froterismo, en este caso. El diagnóstico particular es froterismo. El tratamiento consiste en: psicoterapia y medicación. La psicoterapia que yo estoy haciendo, es psicoterapia cognitiva. Esta psicoterapia es descrita por un doctor que se llamaba Aarón Beck y consiste en trabajar sobre las cogniciones, es decir el contenido mental ideativo, relacionada con los sentimientos y los impulsos, las fantasías y la conducta, para buscar un mejor control de los impulsos, en este caso. Sin embargo, las parafilias tienen un importante componente adictivo y por lo tanto trabajamos con un manual diseñado por un doctor que se llama Patric Carnes que se llama el camino amable de los doce pasos para el tratamiento de la adicción sexual, estos doce pasos son similares a los que se siguen en el programa de alcohólicos anónimos y por lo tanto la participación en grupo de estos tipos es benéfica. J.R. ya ha comprado el manual y estamos trabajando sobre el.

...

“...Para responder la pregunta la única información que tengo del trastorno es la que da el paciente, no he leído declaraciones de las personas abusadas ***por lo tanto apenas tengo una impresión que me hace pensar que las pacientes corren el riesgo de ser abusadas porque están en condición de indefensión***

total, mucho mas que una persona que va en un bus, con ropa y posibilidades de defenderse, pero tengo la impresión que no ha habido fallas en la conducción de la anestesia misma, sino únicamente de abuso.- (Los apartes destacados no lo es en el texto).

Al ser preguntado si el paciente está en condiciones de abstenerse de buscar o aprovechar las circunstancias que favorecen la satisfacción de sus impulsos contestó:

“Sin tratamiento definitivamente no, y es evidente que el riesgo forma parte de la compulsión, dentro del tratamiento trabajamos mucho para que el paciente logre controlarse, por ejemplo le hemos pedido que dé anestesia con calzoncillos deportivos, largos, que generan una alarma cognitiva en su impulso, no tienen abertura adelante, utiliza algunas alarmas que recuerdan que está en tratamiento en lugares de uso común, y le pedimos que tenga todo el tiempo conciencia de sus impulsos y de sus condiciones y que busque compañía dentro de su trabajo”. (La parte destacada no lo es en el texto).

Al ser preguntado si el paciente estaba en condiciones de ejercer la profesión contestó:

“ Yo pienso que el puede dar su anestesia de una manera eficiente, **pero no me gustaría que le diera anestesia a mi esposa**. Pero yo me dejo dar anestesia del doctor”. (Lo destacado no lo es en el texto).

Al ser preguntado si el disciplinado estaba en condiciones de tomar decisiones racionales y de comportarse de conformidad con las reglas de la moral pública contestó:

“ El no tiene ningún problema con la persona él puede tomar decisiones racionales. Sin embargo si pierde el control de sus impulsos se comporta de manera inmoral”.- (Lo destacado no lo es en el texto).-

Al ser preguntado si se trataba de un trastorno mental transitorio o permanente contestó:

“El froterismo es una enfermedad crónica, necesita tratamiento toda la vida y su pronóstico depende del cuidadoso y continuo tratamiento por esto donde hay grupos de autoayuda, llamados grupos de adictos al sexo el pronóstico podría mejorar, en donde el tratamiento es puramente médico,

psiquiátrico la adherencia a una persona puede ser menos eficiente, mucho mejor la adherencia a un grupo o a una asociación”.- (Lo destacado no lo es en el texto).-

Al ser preguntado si estimaba que el disciplinado podía seguir ejerciendo la profesión médica contestó:

“El alejarlo profesionalmente va a tener serias consecuencias para él, es probable que se deprima que se aleje del tratamiento, pues todo está perdido, él lo que quiere es no perder su vida profesional, y es posible que continuara con este problema en los buses o en otras circunstancias, **si se le mantiene en la vida laboral con pacientes femeninas se corre el riesgo que estas pacientes sean abusadas y la posibilidad de que no sean abusadas dependería del éxito del tratamiento.** Me pregunto yo si a un froterista hay que impedirle la vida en comunidad, o en sitios concurridos o en lugares en donde ocurre el froterismo, yo pensaría que mas bien debería tratársele y si no se da muestras de éxito pues retirarlo temporalmente de la profesión o permanentemente.

Preguntado sobre el grado de inimputabilidad del paciente contestó:

“El paciente es perfectamente capaz de darse cuenta de la ilicitud del acto pero no es capaz de controlarse, inicialmente este acto fue egosintónico hasta que comenzó a tener consecuencias y por la presión social se vuelve egodistónico”. (Lo destacado no lo es en el texto).

En el primer proceso relacionado con la señorita C.C. por medio de auto del 12 de diciembre de 2000 se consideró que era del caso formularle cargos por violación a los preceptos de la Ley de Ética Médica y se estimaron vulnerados el artículo 1, numeral 10⁴ y los artículos 6⁵ y 15.⁶

4- Art. 1. La siguiente declaración de principios constituye el fundamento esencial para el desarrollo de las normas sobre Ética Médica.

10.- Los principios éticos que rigen la conducta profesional de los médicos, no se diferencian sustancialmente de los que regulan la de otros miembros de la sociedad.

Se distinguen sí por las implicaciones humanísticas anteriormente indicadas. La presente ley comprende el conjunto de normas permanentes sobre ética médica a que debe ceñirse el ejercicio de la medicina en Colombia.

5- Art. 6.- El médico rehusará la prestación de sus servicios para actos que sean contrarios a la moral, y cuando existan condiciones que interfieran el libre y correcto ejercicio de la profesión

6- 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 psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.

En el segundo proceso, relacionado con la señora I.C.V., por auto del 12 de diciembre de 2000 se le formularon cargos por la presunta violación de los artículos 6 y 15 de la ley 23 de 1981.

Remitido el disciplinado a peritazgo psiquiátrico la perito concluyó de la siguiente manera:

“El Dr M.C. padece un trastorno sexual llamado froteurismo... ..El froteurismo es una parafilia que se caracteriza por la presencia de repetidas e intensas fantasías sexuales de tipo excitatorio que por lo general engloban: 1) Objetos no humanos; 2) el sufrimiento o la humillación de uno mismo o de la pareja o 3) niños u otras personas que no consienten (dentro de éste item estaría el froteurismo), y que se presentan en un período de al menos 6 meses (Criterio A). Para algunos individuos, las fantasías o los estímulos de tipo parafilico son obligatorios para obtener excitación y se incluyen invariablemente en la actividad sexual. En otros casos, se presentan sólo episódicamente (por ejemplo, en períodos de estrés), otras veces el individuo es capaz de funcionar sexualmente sin fantasías ni estímulos de éste tipo. El comportamiento, los impulsos o las fantasías provocan malestar clínico significativo o deterioro sexual, laboral o de otras áreas importantes de la actividad del individuo (Criterio B).

“La fantasía específica es el elemento patognomónico, la cual conlleva una urgencia intensa de llevar a cabo esta fantasía y a ésta se asocia la excitación sexual y el orgasmo.

“La característica esencial (fantasía) del froteurismo implica el contacto y el roce con una persona en contra de su voluntad. Por lo general este comportamiento se produce en lugares con mucha gente, en lo que es más fácil escapar de la detención. El individuo aprieta sus genitales contra las nalgas de la víctima o intenta tocar los genitales o los pechos con las manos. Mientras practica todo esto se imagina que está viviendo una verdadera relación con la víctima. Sin embargo, es consciente de que, para poder evitar una posible detención debe escapar inmediatamente después de tocarla.

“Muchas personas que sufren de parafilias afirman que su comportamiento no les ocasiona ningún malestar y que el único problema es el conflicto social, consecuencia de la reacción de la gente frente a su comportamiento. Otros casos manifiestan sentimientos de culpa, vergüenza y depresión, por el hecho de ser actividades sexuales inusuales, que no son aceptadas socialmente. Son

frecuentes las alteraciones de la personalidad y pueden ser suficientemente graves como para que se haga el diagnóstico de trastorno de la personalidad. También pueden aparecer síntomas típicos de depresión, lo cual puede provocar un aumento de la frecuencia y actividad parafilica.

...

“...Las personas que padecen estas parafilias no son capaces de renunciar o abstenerse de buscar o aprovechar las circunstancias que favorecen la satisfacción de sus impulsos, pues existe una deficiencia en la actividad volitiva, con conservación de las capacidades intelectuales, es decir tiene plena conciencia de su comportamiento y lo que implica, pero es incapaz de abstenerse, pero en el caso que nos ocupa su actividad como médico especialista en anestesia ha sido un factor favorecedor para el ejercicio de la parafilia y por estos mismo respondiendo al numeral 6, si representa grave riesgo para las pacientes del Dr. J.R.M.C. pues en sus trances de anestesia, están completamente incapacitadas para defenderse como lo podrían hacer si estuviesen en un estado de vigilia con conciencia plena, o en otro lugar diferente a una sala de cirugía”.

...

“El padecimiento que sufre el Dr. M.C. lo inhabilita para el ejercicio de la profesión médica”.

...

“ El art. 31 del C. P. dice: “ es inimputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con dicha comprensión “. Como se describió atrás el frotteurismo es una parafilia que está clasificada como trastorno sexual en la clasificación DSKM-IV del Manual diagnóstico y estadístico de los Trastornos mentales que se caracteriza por una deficiencia en la capacidad volitiva del individuo pero con conservación plena de las actividades intelectivas.- Fdo Cecilia Burgos de Taborda, Médica Psiquiatra RM 4853 D. E.” (Lo destacado no lo es en el texto).

El apoderado del disciplinado en su alegato de descargos, dice que por haber actuado bajo los efectos de un trastorno mental debe considerarse en el pronunciamiento tal circunstancia, puesto que se trataría de una forma de

inimputabilidad. Luego de hacer algunas consideraciones sobre el concepto de inimputabilidad termina por concluir:

“Nuestra posición se orienta claramente a indicar que el Dr. M.C. para efectos de responsabilidad penal y ética es un inimputable, y decimos que ética, por cuanto la responsabilidad ha de ser subjetiva y no Objetiva, ya proscrita por nuestros ordenamientos penal y éticos. Y es que la Deontología es el conocimiento del deber ser y la ética es la parte de la filosofía que tiene por objeto la valoración moral de los actos humanos. Las normas deontológicas o éticas son normas de carácter moral que tienden a convertirse en jurídicas, las cuales a su vez tienen contacto permanente con la costumbre. A su vez el derecho ético-disciplinario comparte sus lineamientos con el derecho penal, el cual enseña que la responsabilidad objetiva o responsabilidad por el acto está proscrita”.

“La responsabilidad objetiva o “responsabilidad por el hecho”, proscrita por nuestros ordenamientos positivos, fue establecido para someter a un individuo a una “sanción” con la comprobación única de un nexo de causalidad física entre el autor y el hecho que se considera dañoso, independientemente de que en ese hecho ocurran fenómenos subjetivos. El sujeto es responsable con la sola comisión material del hecho. En tal sistema de responsabilidad no se indaga por elementos subjetivos de la acción, ni si el resultado fue o no previsto, o si fue previsible. A este concepto de responsabilidad acuden las sociedades primitivas”.

“A contrario sensu, en la Responsabilidad subjetiva, no basta con la comprobación del nexo causal entre el autor y el resultado objetivo, es necesario además la existencia de un elemento subjetivo, el cual se denomina modernamente Culpabilidad. Según el principio de responsabilidad subjetiva, para poderse imputar una acción es indispensable que el sujeto tenga conciencia y voluntad de ejecutar el hecho o exista una “pertenencia” del acto o hecho al sujeto, esto es, un vínculo psíquico”.

“Bajo este derrotero, la responsabilidad del inimputable está sujeta al reconocimiento de su trastorno, y a su vez si ésta es permanente o transitoria, pues si es transitoria la necesidad de aplicar una “sanción” entendida como pena, sería un absurdo, debiéndose descartar entonces su aplicación en el presente asunto.”

“Observemos que en la actualidad el Dr. J.R.M.C. se encuentra bajo tratamiento psiquiátrico con el Dr. Felipe Quiroga Hernández, quien ha manifestado la existencia de inimputabilidad en el Dr. J.R.M.C. Y es que los tratamientos a los que se ha sometido en diferentes oportunidades, no sólo con la Dra. Lucía Nade, o con los cursos de psicoterapia grupal durante el año de 1999, le han permitido a mi defendido reconocer el problema mental, enfrentarlo, tratarlo, hasta el punto de retirarse voluntariamente de sus labores profesionales. Sin embargo es claro que el trastorno del Dr. J.R.M.C. no compromete su desempeño como anesthesiólogo, pues su trastorno no afecta su capacidad cognitiva; no generando un peligro para sus pacientes, y condenar su comportamiento sería casi como ejecutar a un alcohólico por ingerir alcohol”.

Termina por solicitar que se absuelva de toda responsabilidad a su representado.

CONSIDERANDOS.

Debe la Sala iniciar estas consideraciones con algunas reflexiones en relación con los cargos que le han sido formulados al Dr. M. en las dos causas que le fueron acumuladas. Es una realidad que la conducta médica debe regirse por los principios morales aceptados en la sociedad donde ejerce su profesión y es por ello que es desde todo punto de vista injustificable y reprochable que se aproveche el ejercicio de la profesión médica para convertir a sus pacientes en víctimas de sus incontrolables impulsos erótico-sexuales. Es por lo anterior que procede el cargo previsto en el numeral 10 del artículo 1º de la ley 23 de 1981.

El cargo que se sustenta en el artículo 6 de la antes mencionada ley, ha de ser por el enunciado que aparece en el segundo aparte de la norma, porque es una realidad que las condiciones de perturbación mental que sufre el disciplinado constituyen condiciones personales que interfieren el libre y correcto ejercicio de la profesión médica.

Nos parece que no le es imputable la infracción al artículo 15, porque en nuestro criterio ha sido equivocadamente interpretado por la Corporación que formuló el pliego de cargos, puesto que cuando la norma que se comenta establece que no se debe someter al paciente a riesgos injustificados, está haciendo relación es a casos y situaciones diferentes a los que son motivo de juzgamiento mediante esta providencia. Efectivamente la norma aludida hace relación es a procedimientos, tratamientos, terapias, intervenciones que podrían no tener justificación y que en caso de someter al paciente a ellos, lo podrían poner en un peligro injustificado. Sería del caso de una dolencia

que se puede superar mediante una terapia o un determinado tratamiento y pese a ello el médico tratante decide intervenirlo quirúrgicamente. En la hipótesis utilizada como ejemplo al existir una vía –la terapia– que garantiza la curación, es obvio que la cirugía se convierte en un riesgo injustificado.

Pero no es esa la situación del médico actualmente disciplinado, porque la anestesia proporcionada en los casos que son motivo de análisis era necesaria y justificada; lo que sucede es que las circunstancias personales del Dr. J.R.M.C. por el trastorno de personalidad que padece, convierte determinadas circunstancias profesionales en situaciones propicias para el afloramiento de sus especiales trastornos.

En la situación precedente se absolverá al Dr. M. por la infracción a la ética contemplada en el artículo 15 de la ley 23 y se le impondrá sanción por la responsabilidad que surge de la infracción de los artículos 1.10 y 6 de la ley 23 de 1981.

No existe la más mínima duda respecto a la existencia de las conductas imputadas al disciplinado, pues además de su confesión existen pruebas demostrativas de la existencia de las mismas y en especial de la particular perturbación de la personalidad que padece el Dr. J.R.M.C.

Lo que existe es un problema de la clase de sanción que debe imponerse al disciplinado, porque si bien es cierto que dentro del marco del derecho penal, los posibles sujetos pasivos del proceso penal se dividen en imputables⁷ e inimputables;⁸ mientras para los primeros están reservadas las penas que conllevan retribución y castigo,⁹ las segundas buscan protección, curación, tutela y rehabilitación;¹⁰ situación diversa se presenta a nivel de derecho disciplinario no existen sino las sanciones retributivas o de castigo.

7- ART. 9º—*Conducta punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.*

Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad.

8- ART. 33.—*Inimputabilidad. Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares.*

No será inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental.

Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil.

9- ART. 4º—*Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.*

La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

10- ART. 5º—*Funciones de la medida de seguridad. En el momento de la ejecución de la medida de seguridad operan las funciones de protección, curación, tutela y rehabilitación.*

Al no existir legalmente previstas medidas de seguridad para los inimputables procesados por infracciones disciplinarias es del caso acudir al principio de remisión previsto en el artículo 82 de la ley 23 de 1981 y es evidente que en éste caso particular no sería del caso aplicar ninguna de las medidas de seguridad previstas en el artículo 69 del C. P.¹¹ porque las dos primeras implican restricción de la libertad, situación imposible de pensar tratándose como se trata de infracciones puramente disciplinarias; tampoco sería del caso imponer la libertad vigilada, porque las autoridades disciplinarias carecen de los instrumentos para controlarla y de todas maneras si ello fuera posible ello también constituiría una restricción a la libertad, imposible de concebir en tratándose de faltas disciplinarias; y finalmente la medida prevista en el numeral 4 no sería de aplicación en el presente caso.

Pero pese a la imposibilidad anterior no debe olvidarse que el artículo 81 del C.P.¹² prevé la posibilidad de restringir otros derechos de los inimputables, porque sería desde todo punto de vista inconcebible, que si como consecuencia del trastorno mental sufrido por el inimputable, en el ejercicio de un determinado derecho puede reiterar la conducta por la cual se encuentra procesado o vulnerar otros derechos penalmente tutelados, no se pudiera mediante decisión judicial restringir el ejercicio de aquel derecho por medio del cual se infringen las normas mínimas de convivencia social, se estaría dejando al medio social en absoluta desprotección. Sería el caso por ejemplo del padre de familia, que como consecuencia de la patología padecida realice actos de corrupción sobre sus hijos y no se le pudiera quitar el ejercicio de la patria potestad.

La situación que aquí se contempla es absolutamente clara, porque es precisamente el ejercicio profesional el que crea las situaciones en que la patología padecida por el Dr. J.R.M.C. aflora para perjuicio de las pacientes que están bajo su responsabilidad; precisamente en el código penal se contempla dentro de las penas la inhabilitación para el ejercicio de una determinada profesión,¹³ cuando la misma es la causa o motivo por medio de la cual se produjo la

11- ART. 69.—Medidas de seguridad. Son medidas de seguridad:

1. La internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada.
2. La internación en casa de estudio o trabajo.
3. La libertad vigilada.
4. La reintegración al medio cultural propio.

12- ART. 81.—Restricción de otros derechos a los inimputables. La restricción de otros derechos consagrados en este código se aplicarán a los inimputables en cuanto no se opongan a la ejecución de la medida de seguridad impuesta y sean compatibles con sus funciones.

13 - ART. 43.—Las penas privativas de otros derechos. Son penas privativas de otros derechos:

1. La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

infracción penal y como en éste caso particular la infracción disciplinaria se consuma precisamente es en el ejercicio de la profesión médica, la sanción a imponer es precisamente una limitación en el ejercicio de esa profesión, o por lo menos en la especialidad que hasta ahora ha ejercido el Dr. J.R.M.C.

No debe olvidarse el contenido del artículo 52 del C. P. cuando establece:

“Las penas privativas de otros derechos, que pueden imponerse como principales, serán accesorias y las impondrá el juez cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de ellos o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena”. (Lo destacado no lo es en el texto).

Cree incluso la Corporación que la prohibición en el ejercicio profesional no necesariamente debe ser de carácter absoluto, porque existen otras especialidades del ejercicio profesional médico en que el galeno no se va a ver en circunstancias que faciliten el surgimiento de su patología y pensamos entonces en algunas especialidades que se han desarrollado en los últimos años como serían las de Administración hospitalaria, salud pública, auditoría médica o patología.

2. *La pérdida del empleo o cargo público.*

3. *La inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio.*

4. *La inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela y curaduría.*

5. *La privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas.*

6. *La privación del derecho a la tenencia y porte de arma.*

7. *La privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos.*

8. *La prohibición de consumir bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas.*

9. *La expulsión del territorio nacional para los extranjeros.*

ART. 46.—*La inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio. La pena de inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio, se impondrá siempre que la infracción se cometa con abuso del ejercicio de cualquiera de las mencionadas actividades, o contraviniendo las obligaciones que de su ejercicio se deriven.*

ART. 51.—*Duración de las penas privativas de otros derechos. La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas tendrá una duración de cinco (5) a veinte (20) años, salvo en el caso del inciso 3° del artículo 52.*

Se excluyen de esta regla las penas impuestas a servidores públicos condenados por delitos contra el patrimonio del Estado, en cuyo caso se aplicará el inciso 5° del artículo 122 de la Constitución Política.

La inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio de seis (6) meses a veinte (20) años.

La inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela y curaduría de seis (6) meses a quince (15) años.

La privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas de seis (6) meses a diez (10) años.

La privación del derecho a la tenencia y porte de arma de uno (1) a quince (15) años.

La privación del derecho a residir o de acudir a determinados lugares de seis (6) meses a cinco (5) años.

ART. 52.—*Las penas accesorias. Las penas privativas de otros derechos, que pueden imponerse como principales, serán accesorias y las impondrá el juez cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de ellos o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena.* (Los apartes destacados no son del texto).

Al fallar este caso singular y al hacer las advertencias anteriores, considera la Corporación que de todas maneras es deber de éste Tribunal en el cumplimiento de las funciones que le atribuye la ley, evitar que las conductas que afectan la integridad del ejercicio médico pudieran reiterarse como consecuencia de la patología que sufre el disciplinado, pero al mismo tiempo como se encuentra probado, el Dr. J.R.M.C. es perfectamente consciente de su patología y en la actualidad se encuentra en tratamiento psiquiátrico, podría pensarse no solo en la continuación de su tratamiento para obtener la curación de su patología, pero al mismo tiempo pensar en la posibilidad de otra especialidad médica que no le proporcione la ocasión o circunstancia para que reincida en sus manifestaciones patológicas que ocasionan un grave daño no solo al ejercicio profesional médico, sino un grave traumatismo a las pacientes que son víctimas de las conductas que realiza en esos estados de inimputabilidad incontenibles e irrefrenables.

Precisamente pensando en proteger el correcto ejercicio de la profesión e igualmente a las potenciales víctimas es que se hace indispensable prohibir el ejercicio de la profesión médica al Dr. J.R.M.C. en la especialidad que hasta el momento ha venido ejerciendo o en cualquier otra que lo pudiera colocar en contacto directo con pacientes femeninas que pudieran hacer aflorar sus impulsos patológicos irrefrenables.

En el caso presente, como la ley 23 prevé como sanción la prohibición del ejercicio profesional por un período de hasta cinco (5) años, esa será la sanción a imponer, pero más como medida de seguridad que como pena, y por tanto si el disciplinado busca la formación profesional en otra especialidad como una de las mencionadas en esta providencia o como consecuencia del tratamiento que actualmente recibe se establece que se encuentra curado, previo dictamen psiquiátrico de medicina legal, podría suspenderse por este Tribunal la prohibición del ejercicio profesional en la especialidad que el Dr. J.R.M.C. ha venido ejerciendo.¹⁴

En las condiciones precedentes la sanción a imponer en el caso presente será de cinco (5) años de prohibición en el ejercicio profesional del Dr. J.R.M.C. como médico anesthesiólogo, o hasta que por dictamen psiquiátrico de medicina legal se compruebe la curación de la patología que actualmente padece.

14 - ART. 79.- Suspensión o cesación de las medidas de seguridad. La suspensión o cesación de las medidas de seguridad se hará por decisión del juez, previo dictamen de experto oficial. Si se tratare de la medida prevista en el artículo 72, el dictamen se sustituirá por concepto escrito y motivado de la junta o consejo directivo del establecimiento en donde hubiere cumplido la internación, o de su director a falta de tales organismos. (Lo destacado no es del texto).

Lo anterior sin obstáculo a lo antes comentado, que el disciplinado buscara formación académica en una especialidad médica en la que no tenga que tratar con pacientes femeninas.

Discrepa la Sala de las argumentaciones defensivas planteadas por el apoderado del disciplinado por las razones que a continuación se expondrán:

Es una realidad que el Dr. J.R.M.C. es un inimputable, porque si bien es cierto que cuando realiza las conductas reprochables es perfectamente consciente de su antijuridicidad e ilegalidad, pero como consecuencia de su trastorno mental carece de los frenos volitivos para poder evitar la realización de las mismas y bien debemos recordar que para que una conducta sea punible es necesario que sea típica, antijurídica y culpable¹⁵ y la culpabilidad supone la existencia de una conducta que ha sido realizada con el concurso de las facultades superiores del ser humano, esto es con conciencia y voluntad libre para determinarse a la realización de la conducta que sabe es contraria a la ley.¹⁶

Pero el hecho de reconocerlo como inimputable no quiere decir que no tenga responsabilidad, porque precisamente para proteger los derechos de los ciudadanos que puedan ser víctimas de las conductas realizadas por los inimputables se prevé legalmente su procesamiento y demostrada la tipicidad y antijuridicidad de sus conductas les sobrevengan las consecuencias jurídicas de la conducta punible, en este caso particular las medidas de seguridad, que se imponen como consecuencia de la responsabilidad deducida en su contra.

En el caso particular del Dr. J.R.M.C. no se encuentra en ninguna de las hipótesis de irresponsabilidad previstas por el legislador¹⁷ y en tales circunstancias

15 - ART. 10.—*Tipicidad. La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal.*

En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley.

ART. 11.—*Antijuridicidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.*

ART. 12.—*Culpabilidad. Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva.*

16 - ART. 22.—*Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.*

ART. 23.—*Culpa. La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.*

ART. 24.—*Preterintención.- La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente.*

17- ART. 32.—*Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:*

1. *En los eventos de caso fortuito y fuerza mayor.*

son equivocadas las pretensiones del apoderado del disciplinado cuando argumenta y solicita una decisión de no responsabilidad de su poderdante.

Debe recordarse que tanto la psiquiatra que realizó el peritazgo anexo al expediente, como el especialista que le proporciona tratamiento psiquiátrico son acordes en manifestar que quien sufre de esta especial perturbación, y en el caso particular del disciplinado son conscientes de la antijuridicidad de las conductas que realizan, pero que carecen de frenos volitivos para evitar la realización de las mismas que son expresión de su anormalidad psiquiátrica.

En tales condiciones ha de concluirse de manera necesaria que el Dr J.R.M.C. en esas condiciones personales no puede ejercer la medicina en esa especialidad, porque no solo afecta la integridad de la profesión, sino que coloca en grave peligro a sus pacientes, quienes corren el riesgo de convertirse en víctimas de su anormalidad.

En las condiciones precedentes, se absolverá al Dr. J.R.M.C. de la presunta infracción al artículo 15 de la ley 23 de 1981 y se le impondrá sanción de

2. *Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo.*

3. *Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.*

4. *Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.*

No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura.

5. *Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.*

6. *Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.*

Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas.

7. *Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.*

El que exceda los límites propios de las causales consagradas en los numerales 3°, 4°, 5°, 6° y 7° precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible.

8. *Se obre bajo insuperable coacción ajena.*

9. *Se obre impulsado por miedo insuperable.*

10. *Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.*

Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado.

11. *Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.*

Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta.

12. *El error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la diminuyente.*

suspensión en el ejercicio profesional durante cinco (5) años como infractor de los artículos 1.10 y 6 de la ley 23 de 1981.

La sanción impuesta podrá suspenderse en su ejecución si se demuestra en cualquier momento por peritazgo emitido por psiquiatras de medicina legal que se encuentra curado de su perturbación.

La suspensión en el ejercicio profesional no se hará efectiva, cuando se trate del ejercicio de una especialidad médica en la que por la misma no tenga que ver con pacientes femeninas o no las ponga en peligro en sus manifestaciones anormales de su personalidad.

En las condiciones precedentes, el Tribunal Nacional de Ética Médica, en el ejercicio de las funciones que le atribuye la ley

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: IMPONER al Dr. J.R.M.C., suspensión en el ejercicio profesional por un período de cinco (5) años, como responsable de la infracción de los artículos 1.10 y 6 de la ley 23 de 1981.- La suspensión en el ejercicio profesional impuesta no tendrá efecto si el disciplinado busca formación académica en una especialidad médica en la que no ponga en peligro a sus pacientes femeninas.- La suspensión en el ejercicio profesional se suspenderá en el momento en que por psiquiatras de medicina legal, se determine que el disciplinado se encuentra curado de su patología como consecuencia del tratamiento que actualmente recibe.- ARTICULO SEGUNDO: ABSOLVERLO del cargo relacionado con la presunta infracción al artículo 15 de la ley 23 de 1981.- ARTICULO TERCERO: COMUNIQUESE el contenido de esta decisión a l Ministerio de Salud, a los Tribunales de Ética Médica y a la Federación Médica para que sea fijada en lugares visibles de conformidad con lo establecido en el artículo 53 del Decreto 3380 de 1981. ARTICULO CUARTO: Contra esta decisión proceden los recursos de reposición y el de apelación. NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. HERNANDO GROOT LIEVANO, Magistrado Ponente; HERNANDO MATÍZ CAMACHO, Magistrado; EDUARDO REY FORERO, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Abogada Secretaria.

Bogotá D. C., julio veinticuatro (24) del año dos mil uno (2001).

SALA PLENA SESIÓN No. 671 DEL VEINTICUATRO (24) DE JULIO DEL AÑO DOS MIL UNO (2001).

REF: Proceso: Número 225 del Tribunal de Ética Médica del Meta
Denunciante: L.F.S.R.
Contra el doctor S.N.M.

Providencia: No. 20-2001.

Magistrado ponente: doctor Juan Mendoza-Vega

VISTOS

El Tribunal de Ética Médica del Meta, ante solicitud de la Secretaría de Salud del Departamento del Meta recibida el 28 de febrero del año en curso, abrió investigación preliminar contra el doctor S.N.M., según la queja presentada por el señor L.F.S.R. bajo la forma de Derecho de Petición a la Superintendencia Nacional de Salud fechada 27 de diciembre de 2000 pero recibida en dicha entidad el 14 de enero de 2001.

Por considerar agotado el procedimiento de instrucción, el mencionado Tribunal Seccional en sesión de Sala Plena número 254, realizada el 31 de mayo del presente año, resolvió “abstenerse de iniciar investigación” contra el doctor S.N.M. y dictó el correspondiente auto inhibitorio, que fue debidamente notificado.

El quejoso, L.F.S.R., en escrito que no tiene fecha pero que fue autenticado ante notario el día 20 de junio de 2001 y recibido por fax en las oficinas del Tribunal Seccional el mismo día, presentó recurso de reposición y en subsidio

el de apelación contra el mencionado auto inhibitorio, recurso que fue negado en cuanto a la reposición por el Tribunal Seccional en Sala Plena del día 27 de junio del presente año, y concedido el de apelación para ante este Tribunal Nacional, que recibió el expediente y procedió a repartirlo por sorteo el 10 de julio de 2001; correspondió el estudio del mismo al magistrado doctor Juan Mendoza-Vega, con base en los siguientes

HECHOS.

El señor L.F.S.R., varón de 45 años identificado con la cédula de ciudadanía 326867 de Nemocón, fue atendido en la Clínica La Grama de Villavicencio el 4 de noviembre de 2000, porque se quejaba de dolor abdominal intenso, de tipo cólico, más notorio en hipocondrio derecho y acompañado de sensación de llenura, pirosis y náuseas; el cuadro se presentó tras la ingestión de alimentos grasos y no había defensa muscular que señalara irritación peritoneal, todo esto según la historia clínica elaborada en la Clínica La Grama Ltda., de Villavicencio, que figura en los folios 15 recto y verso a 19 recto, así como en los folios 49 recto a 61 recto.

La atención, en la Clínica La Grama, fue prestada por el doctor S.N.M., identificado con cédula ... expedida .., Registro Médico ... del Ministerio de Salud, especialista en urología y gerente de la mencionada institución asistencial, quien actuó para remplazar al médico que tenía el turno de urgencias porque éste se hallaba ausente al parecer con autorización por motivos personales.

Según queja de S.R. visible a folios 5 y 6 rectos, se hallaba él en Villavicencio disfrutando del puente festivo; el fuerte dolor abdominal se inició hacia las dos de la madrugada del sábado 4 de noviembre; en las gestiones ante la EPS “Convida” de Bogotá, a la cual se halla afiliado, transcurrieron las horas de esa mañana y solo consultó a la clínica ya mencionada hacia las 11:00 horas. Fue atendido a esa hora, examinado y, según él, sometido a ecografía pero con la advertencia de que este examen no sería impreso por dificultades técnicas; asegura que durante la ecografía el médico que la practicaba y que fue el mismo que lo atendió, le dijo “ahí, ahí está, es un cálculo biliar”, razón que sirvió para proponerle hospitalización a la que se negó inicialmente pero luego, gracias a que “la señora que lo acompañaba le insistió para que se quedara al menos en observación” según afirma el médico S.N.M. en su declaración no juramentada visible al folio 69 recto, aceptó y fue llevado a una habitación donde se le canalizó vena periférica para administración de líquidos y medicamentos

(Buscapina y ranitidina). Se le practicaron exámenes de laboratorio, parcial de orina, glucemia, nitrógeno ureico, creatinina, transaminasas, bilirrubinemia y cuadro hemático, cuyos resultados visibles a los folios 58 y 59 están dentro de límites normales. Mejoró durante la tarde y la noche, las enfermeras en sus controles a la medianoche de ese sábado y a las 3 y seis de la madrugada del domingo 5 lo encontraron dormido, tranquilo y al parecer ya sin dolor. El doctor S.N.M. dio orden de salida hacia las 08:30 de esa mañana, la cual se cumplió al parecer sin incidentes.

El señor S.R. retornó a Bogotá, volvió a su trabajo aunque dice que el dolor persistió y como se intensificó, fue a consulta en la Clínica San Diego (siempre por cuenta de “Convida”) el día martes 7 de noviembre donde, tras nuevos exámenes clínico y para-clínicos y ecografía hepatobiliar que resultó negativa (ver historia clínica de la Clínica San Diego, folios 25 a 46), se le diagnosticó apendicitis aguda, fue intervenido quirúrgicamente y se comprobó tal diagnóstico complicado con pelviperitonitis, todo lo cual fue adecuadamente tratado y salió por mejoría cinco días más tarde, el 12 de noviembre. El quejoso afirma, al folio 6, que sufrió eventración porque la cicatrización fue deficiente y tuvo que permitir que la herida cerrara en el proceso llamado “por segunda intención”, en lo cual basa su queja inicial, pero de esta secuela no hay prueba alguna en el expediente.

En su declaración no juramentada, el doctor S.N.M. responde a una pregunta del magistrado instructor sobre la ecografía, con la afirmación de que “ecografía no se le practicó dada la sintomatología clara del dolor en el hipocondrio derecho”; en las notas de enfermería, por el contrario, aparece al folio 57 manuscrito por la enfermera que “el Dr. S.N.M. le tomó ecografía y decide hospitalizar”. Al folio 55 aparece manuscrita y firmada al parecer por el doctor S.N.M., con fecha 5 de noviembre de 2000 y hora 7 a.m., la orden de salida en la que se afirma: “Paciente en buen estado. Pasó bien la noche sin dolor ni vómito. Tolerancia v. (vía) oral. Durmió bien. Abdomen blando depresible sin signos de irritación peritoneal. Sin masas, con dolor moderado en flanco derecho a la palpación profunda. Se da salida y se recomienda asistir a control si hay nueva sintomatología o trasladarse pronto a su ciudad de origen ante la opción de nuevo cólico”; la nota de enfermería, folio 57 recto, permite leer “OM verbal Dr S.N.M. de salida” frente a la hora, 8 + 30.

En el curso de la investigación preliminar se recibió declaración no juramentada al doctor S.N.M. y se ordenó citar al quejoso S.R. para ratificación y ampliación de su queja, diligencia que no pudo cumplirse porque varias

llamadas telefónicas no fueron respondidas y la correspondencia enviada por el servicio Postexpress de Adpostal no fue entregada porque el apartamento señalado como dirección, Calle 80 número 96-15, apartamento 202 en Bogotá, fue encontrado cerrado el 8 y el 9 de mayo de modo que el sobre cerrado retornó al expedidor y figura tal cual como folio 71 del expediente.

La resolución inhibitoria fue debidamente notificada y la reposición y en subsidio apelación fue presentada por el quejoso dentro de los términos legales.

CONSIDERANDOS Y RESULTANDOS

En primer lugar, debe reiterarse que aún cuando el quejoso en los procesos ético-disciplinarios no es sujeto procesal según reiterada jurisprudencia de este Tribunal Nacional, el único momento en que procede su intervención es al notificarse de una resolución inhibitoria, caso en el cual se le permite apelarla si considera que con ella se decide injustamente sobre su queja. Por lo mismo, ha lugar la resolución del Tribunal de Ética Médica del Meta y debe surtirse la apelación en ella concedida.

Tanto la identidad del quejoso como la del disciplinado, y la calidad de médico de éste, se hallan debidamente probadas en el expediente; lo mismo puede afirmarse de la atención recibida por el quejoso en la Clínica La Grama, de Villavicencio, que a juzgar por la historia clínica allegada en fotocopias y transcripción legible, fue la necesaria en caso de dolor abdominal intenso y agudo, salvo en dos de los puntos señalados en la queja inicial y reiterados en el libelo de apelación, a saber: la realización de ecografía como base para el diagnóstico inicial de coleditiasis, y las recomendaciones que a la salida dice el doctor S.N.M. haber dado al paciente pero éste afirma no haber recibido. Sobre la ecografía, pese a la negativa del galeno disciplinado, existe la nota de enfermería mencionada atrás (folio 57 recto) que concuerda con la afirmación del quejoso, lo cual suscita duda razonable que debería aclararse. Algo semejante pasa con las recomendaciones que también figuran escritas en la hoja final de evolución (folios 19 y 55 rectos), mientras en la nota de enfermería visible al folio 57 aparece la orden de salida como dada verbalmente por el doctor S.N.M. hacia las ocho de la mañana, sin mención de su presencia para examinar al enfermo en ese momento como lo deja entender la nota inmediatamente antes de las aludidas recomendaciones; es ésta otra fuente de duda en cuanto al cumplimiento de disposiciones éticas y legales que, en el sentir de esta Sala Plena, debe aclararse al máximo posible.

Otro punto para cuya claridad no hay datos suficientes en la historia clínica entregada por la Clínica La Grama y que permitiría responder al quejoso en cuanto a las razones que se tuvieron para no proponerle siquiera intervención quirúrgica ni mencionarle la posibilidad de apendicitis aguda, es lo relacionado con la forma en que el doctor S.N.M. adquirió la convicción para él razonable de que se enfrentaba a un caso de litiasis biliar; el examen clínico del abdomen, en una persona obesa (con peso de 80 kilogramos según anotación visible en el examen pre-anestésico, folio 40 verso, y 165 centímetros de estatura, vale decir, sobrepeso de más del 20 por ciento), es siempre difícil a menos que se trate de un cuadro completo y evidente de irritación peritoneal; muchas apendicitis, por ejemplo aquellas que ocurren con el apéndice en situación retro-cecal, cursan con cuadros tan dudosos e irradiación del dolor tan poco típica, que el diagnóstico solo puede concretarse con la evolución de síntomas y signos o la aparición de datos en los exámenes de laboratorio, lo que no ocurrió en esta ocasión; es necesario valorar si bastaba la localización del dolor y su mejoría con pequeñas dosis de antiespasmódicos para dejar de lado cualquier sospecha de diagnóstico distinto de la colelitiasis.

Acierta en cambio el Tribunal Seccional en sus considerandos para la providencia inhibitoria cuando no toma en cuenta y ni siquiera menciona aquello que para el quejoso es sin duda causa del mayor sufrimiento, la dehiscencia de su herida y el tratamiento consecuente por segunda intención; no hay prueba alguna de tal secuela, salvo el dicho del propio paciente, y tampoco sería consecuencia de lo efectuado en Villavicencio sino del acto quirúrgico efectuado en Bogotá y de las propias condiciones orgánicas del paciente, su obesidad y su proceso de cicatrización.

Ha considerado este tribunal en reiteradas ocasiones anteriores que, salvo cuando existe certeza completa sobre la ausencia de acto violatorio de la Ley 23 de 1981, se sirve mejor a la Justicia y al buen nombre del Cuerpo Médico colombiano, se fortalecen las bases de la indispensable confianza que debe existir entre el paciente y su médico tratante, si en cambio de inhibirse con sólo una investigación preliminar, el tribunal de primera instancia abre la investigación formal, la lleva a todas sus consecuencias y con base en ella procede luego a declarar la inocencia del médico acusado, si tal es el caso. Como acaba de señalarse, en la investigación que sirve de base para la resolución recurrida existen dudas razonables que permitieron al quejoso interponer su recurso, infortunadamente salpicado de expresiones desagradables que sin embargo no demeritan su argumentación. Es lógico, entonces, que se disponga reabrir la investigación por parte del Tribunal de Ética Médica del Meta, para aclarar

si el disciplinado, doctor S.N.M., de las condiciones personales conocidas, incurrió en violación de la Ley 23 de 1981 y disposiciones concordantes.

Basta lo dicho para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de sus atribuciones y en especial de las que le confiere el artículo 90 de la Ley 23 de 1981.

RESUELVA

Artículo Primero: Revocar, como en efecto se revoca la resolución inhibitoria dictada por el Tribunal de Ética Médica del Meta, en el proceso 225 contra el doctor S.N.M.. Artículo Segundo: Ordenar al Tribunal de Primera Instancia que abra investigación formal dentro de dicho proceso y el adelantamiento de éste hasta su conclusión legal. Artículo Tercero: Devolver el expediente al Tribunal de origen, para lo de su cargo. Artículo Cuarto: Contra la presente providencia no cabe recurso legal. NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

FDO. HERNANDO GROOT LIEVANO Presidente; JUAN MENDOZA-VEGA, Magistrado Ponente; HERNANDO MATIZ CAMACHO, Magistrado; EDUARDO REY FORERO, Magistrado; EFRAÍN OTERO RUÍZ, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS; Asesor Jurídico y MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Abogada Secretaria.

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

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

REF: Proceso No. 485, Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas
Contra: Drs. C.A.D.N. y J.A.V.L.
Denunciante: Señora L.E.R.R.
Asunto: Recurso de Apelación

Providencia No. 30-08

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

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas, en sala plena del 22 de Abril de 2008, resolvió imponer al doctor C.A.D.N. , sanción de censura escrita pero privada, y al doctor J.A.V.L. amonestación privada,, dentro del proceso iniciado contra ellos por queja presentada por la señora L.E.R.R.

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 D.N. y el abogado Abelardo Benjumea Hincapié como defensor del doctor V.L., 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 L.E.R.R. presentó ante dicho Tribunal Seccional, queja contra el doctor C.A.D.N. 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 Y.T.T.), 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 D. 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 D. 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 anesthesiólogo 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 R.R., 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 L.E.R.R., la testigo Y.T.T. y el médico C.D., 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 D., que registra como “cirugías programadas y realizadas” solamente “septoplastia + turbinoplastia” y complicaciones, ninguna.

Escuchó en versión libre e injurada al disciplinado D.N., 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 D.N. informó haber entregado al anesthesiólogo, doctor J.V.L., 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 J.V.L. 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 R. 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 D.N., 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 V.L., 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 C.D.N sanción de Censura Escrita pero Privada y al doctor J.V.L., 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 C.A.D.N., 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 D.N.

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 D.N. 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 disenso 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 mirada 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 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 D.N., 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 J.A.V.L., 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 J.A.V. a favor de la paciente-quejosa L.E.R.R. 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 V. le debía pagar y sin duda le pagó la entidad Coomeva sus honorarios por la anestesia dada a la señora R., 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 C.A.D.N., de las condiciones personales y profesionales conocidas en el informativo, con base en la queja presentada por la señora L.E.R., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. ARTICULO SEGUNDO. Imponer al doctor C.A.D.N. 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 J.A.V.L., 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.

FDO. 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.

Bogotá, junio diecinueve (19) del año dos mil siete (2007).

SALA PLENA-SESIÓN No. 918 DEL DIECINUEVE (19) DE JUNIO DEL AÑO DOS MIL SIETE (2007).

REF: Proceso Número: 702 DEL TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA DEL VALLE
Contra el Dr. H.H.H.H.
Denunciante: Sr. J.A.V.C.

Providencia No. 25-07

Magistrado Ponente: Dr. MIGUEL OTERO CADENA

ASUNTO

Apelación de la Resolución No. 005-2006 del 20 de diciembre de 2006 del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca y Amazonas por medio de la cual sanciona al Dr. H.H.H.H., con suspensión del Ejercicio profesional por el termino de 45 días.

HECHOS

El señor J.A.V.C.fue remitido al doctor H.H.H. para consulta oftalmológica para control por recibir Cloroquina para tratamiento de Artritis Reumatoide diagnosticada tres años antes.

El doctor H.H.H. valoró el paciente de 50 años el 28 de abril de 2003 anotando como antecedentes la artritis reumatoide en tratamiento con Cloroquina por 3 años y como antecedente el presentar Hipertensión arterial en tratamiento con verapamilo 80 MG., al examen la visión en ojo derecho 20/50, en ojo izquierdo 20/20(-). La presión intraocular en 12 en ambos ojos y con estos

datos diagnóstica una “OPACIDAD SUBCAPSULAR POSTERIOR DEL CRISTALINO” en el ojo derecho, considera tratamiento quirúrgico “extracción extracapsular del cristalino mas colocación del lente intraocular”, cirugía que fue practicada el día 10 de julio de 2003, a pesar del informe que recibía el paciente de parte del cirujano quien le manifestaba que la cirugía iba muy bien, la evolución no fue favorable por lesión en la córnea. El doctor H.H.H. contrato como representante legal de la I. P. S. Clínica de Oftalmólogos del Valle al doctor M.E.M para que le practicara un transplante de córnea sin compromiso de seguimiento del postoperatorio aparentemente ni para retirar los puntos del transplante, según la información suministrada la presión intraocular previa a la cirugía era de 16, posteriormente se diagnosticó opacidad de la cápsula posterior que requirió “Capsulotomía posterior OD YAG Láser” realizada en enero de 2004.

El 20 de abril de 2004 es remitido a la Clínica Fundación Valle de Lili a consulta de glaucoma, es valorado, encontrando una agudeza visual en el ojo derecho de 20/400 una presión intraocular de 40, en el ojo izquierdo agudeza de 20/30 y una presión intraocular de 16, con diagnóstico de glaucoma de ángulo sellado, le practicaron posiblemente en agosto de 2004 cirugía para el glaucoma y es controlado en diciembre de ese año donde anota la doctora M.A que el injerto es transparente, la conjuntiva tranquila, tuvo bien posicionado, retina plicada, palidez total de nervio óptico, la agudeza visual en ojo derecho 20/200.

El Tribunal de Ética Médica del Valle y Amazonas en reunión de Sala Plena del 14 de diciembre de 2006 de acuerdo al informe final de conclusiones encontró lo siguiente:

El doctor H.H.H. violó el artículo 15 de la Ley 23 de 1981 al no diligenciar en forma correcta el consentimiento informado, el consentimiento aportado dentro de los descargos, preimpreso contiene espacios en blanco correspondientes a los riesgos específicos que debían ser materia de aceptación por parte del paciente y no está firmado por el doctor H.H.H., ni por el médico anestesiólogo, el paciente en particular presentaba como antecedentes una artritis reumatoide demostrada y en tratamiento con cloroquina por espacio de tres años situaciones que establecían en él un riesgo importante para realizar la cirugía propuesta, riesgo que debía ser conocido y aceptado en forma explícita por el paciente, considera el Tribunal regional que igualmente violó el artículo 10 de la Ley 23 por lo anteriormente anotado. Considera el Tribunal seccional que al no estar debidamente diligenciado el consentimiento

informado y no hacer parte integrante de la historia clínica se viola igualmente el artículo 35 de la Ley 23 de 1981 y por lo tanto Resuelve Sancionar al Doctor H.H.H.H. con suspensión de 45 días del ejercicio profesional.

El 6 de febrero de 2006 la doctora Ángela María Varela Espinosa abogada del doctor H.H.H.H. interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra de la resolución No 006- 20006 del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca. Los fundamentos jurídicos planteados por la apoderada del Dr. H.H.H. hacen referencia a los principios de IGUALDAD, CONTRADICCIÓN y PROPORCIONALIDAD que según el escrito sustentan la solicitud de revocatoria de la Resolución impugnada. El tribunal seccional no concedió la reposición luego de analizar cada uno de los principios jurídicos invocados al considerar que el principio de igualdad que se pretende violado por no sancionar al doctor M.E.M no es del caso teniendo en cuenta que el doctor M., no fue objeto de formulación de cargos al realizar un procedimiento quirúrgico solicitado por el doctor H.H.H. en procura de solucionar las consecuencias de la lesión de la cornea luego de la extracción de la catarata y colocación de lente intraocular.

En relación al principio de contradicción determinado según la doctora Varela al no haberse dado “traslado al dictamen pericial decretado en forma oficiosa por los magistrados” el Tribunal consideró que el Dr. H.H.H. en la diligencia de descargos había podido “haber solicitado ampliación, aclaración, o bien objetado dicho dictamen lo cual no se hizo dentro de este término, si no que se realizó con posteridad cuando ya se había proferido decisión de fondo.

“Ha dicho esta sala y ahora lo reitera, que la omisión de traslado a las partes del dictamen pericial, siendo evidente informalidad en que no debe incurrir el juez, no configura de suyo nulidad legal no constitucional, a menos que en el caso concreto se demuestra que las partes no tuvieron la oportunidad de conocerlo y controvertirlo y que por esta vía se conculcó sustancialmente el derecho de defensa.”

La razón fundamental de esta tesis es la de que cualquiera de las partes, desde la presentación del dictamen hasta el momento en que el jurado emita veredicto o el proceso entre al despacho para sentencia cuando no intervenga el jurado, puede objetar la peritación, conforme lo autoriza el art. 277 del C. de P. P. ; por manera que la omisión de correr traslado a las partes del dictamen, no impide que éstas puedan, más allá del término de cinco días previsto para ello en el art. 276, ibidem, señalarle errores graves o acusarlo de otros vicios (fuerza,

dolo, cohecho o seducción)”. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, casación del 28 de febrero de 1984).

Dentro de este mismo principio señala la apoderada del doctor H.H.H. la realización del reconocimiento de la firma del paciente, en el documento aportado en los descargos como consentimiento informado, al no haber sido informado el médico investigado,”lo cual es cierto en lo que atañe al decreto y práctica de la prueba, pero también lo es que esta prueba fue inocua, puesto que en nada influyó en la decisión tomada por la Sala, puesto que el paciente reconoció como suyas todas y cada una de las firmas plasmadas en los documentos, objeto de reconocimiento”.

En relación al principio de Proporcionalidad que arguye la Apoderada hace referencia a la sanción impuesta que considera “es excesiva y desproporcionado con la falta cometida por mi representado”, el Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca consideró que no excedió las atribuciones que le confiere la Ley 23 de 1981, no concede la Reposición y otorga la Apelación ante el Tribunal Nacional de Ética Médica.

CONSIDERACIONES

Para el Tribunal Nacional de Ética Médica es claro al analizar esta Apelación que la Apoderada de el doctor H.H.H.H. en su documento de sustentación de la interposición del recurso de reposición y en subsidio de apelación en ningún momento contravirtió los argumentos del tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca motivo de la sanción impuesta por violación de los artículos 15, 16 y 35 de la Ley 23 de 1981 y el artículo 10 del Decreto 3380 de 1981 y antes por el contrario reconoció “la falta cometida por mi representado” al considerar que la sanción impuesta había sido excesiva y desproporcionada.

Los argumentos de la doctora Varela basados en los principios de Igualdad, Contradicción y Proporcionalidad fueron analizados y resueltas las quejas al respecto por el Tribunal Seccional.

El Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca en Sala Plena del 14 de diciembre de 2006 al resolver aplicar la sanción consistente en 45 días de suspensión del ejercicio de la profesión al doctor H.H.H.H. analiza las infracciones a la Ley 23 de 1981 en forma detallada y respecto a hechos concretos y ya analizados por este tribunal que hacen referencia a: EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA EVALUACIÓN DEL RIESGO.

En relación al riesgo el Doctor Fernando Guzmán y colaboradores en el Libro Derecho Médico Colombiano Elementos Básicos capítulo 35 expresa:

“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).

En toda consulta, análisis, diagnóstico, opinión, interconsulta, junta médica, investigación, publicación o procedimiento especial, el médico aplica el método científico. Es decir, aquel procedimiento para descubrir las condiciones en que se presentan sucesos específicos, aplicando la lógica de los hechos observados. A través de este mecanismo se plantean problemas, se prueban hipótesis e instrumentos de trabajo investigativo. Aunque no lo haga de manera consciente, el médico aplica en forma permanente sus conocimientos de estadística. Juega con leyes de probabilidades, estudia variables, analiza su interdependencia y relación, en fin, convierte el oficio en profesión y el arte en ciencia. Esta es la diferencia con los empíricos.

Cualquier miembro de la sociedad que acuda a otro en búsqueda de diagnóstico, tratamiento, pronóstico y recomendaciones que vayan a incidir sobre su cuerpo y su salud, se está convirtiendo en un paciente. Y quien ejerza su conocimiento buscando satisfacer esta petición está ejerciendo como médico. Si partimos de las definiciones previas, cuando quien actúa como médico es una persona calificada por la sociedad como idónea para ejercer la profesión, se cumplen los requisitos legales que hacen del acto un contrato legal y una relación profesional y ética con todas sus consecuencias sociales...

Esto quiere decir que la práctica de un acto médico debe estar respaldada por el ejercicio legítimo de un derecho y el cumplimiento de un deber por parte del profesional médico debidamente graduado y habilitado por la legislación nacional, en beneficio del paciente.

Como todo acto médico implica un riesgo, para que este riesgo no sea considerado una agresión, su finalidad debe ser de ayuda al organismo enfermo

y debe basarse en ciertas normas: licitud, ejecución típica, seguimiento de normas científicas universalmente aceptadas y profesionalismo.

...

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.”

• 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 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 más cosas en que se trata de dar, hacer o no hacer.

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.

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 expondrá a su paciente a riesgos injustificados”.

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.

Es claro en este proceso que el consentimiento se encuentra completamente viciado. En el momento de su firma la paciente no se hallaba en capacidad de considerar la información ni de evaluar los riesgos.

• 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”.

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.

Hasta para el más lego en cuestiones médicas, resulta evidente que cuando una persona se encuentra bajo efectos sedantes de cualquier medicación, su capacidad se encuentra alterada. Esto, a nivel penal, es un agravante de una conducta ilícita respecto de la víctima.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que el Tribunal Nacional de Ética Médica en uso de sus atribuciones que le confiere la ley 23 de 1981:

RESUELVA

Artículo Primero : Confirmar como en efecto confirma la sanción de suspensión de cuarenta y cinco días en el ejercicio de la profesión al Dr. H.H.H.H con cédula de ciudadanía No. ... de ...Artículo Segundo: Devolver el expediente al tribunal de origen, para su archivo. COMUNIQUESE Y CÚMPLASE.

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

Santafé de Bogotá D. C., nueve (09) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

SALA PLENA SESIÓN No.602 DEL NUEVE (09) DE NOVIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE (1999)

REF: Proceso No. 1066 del Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca
Denunciante: F.D.J.P.C.S.
Contra los doctores I.M.R. e H.R.

Providencia No. 12-99

Ponente: doctor ODILIO MÉNDEZ SANDOVAL

VISTOS

Por decisiones emanadas del Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca el 27 de abril y el 6 de octubre del presente año se determinó sancionar al Dr. I.M.R. como responsable de la vulneración de los artículos 15 y 34 de la ley 23 de 1981.

El disciplinado interpuso oportunamente los recursos reposición y de apelación, el primero de los cuales le fue negado por la providencia de octubre antes mencionada y ahora llega el proceso a ésta Corporación para resolver el recurso subsidiariamente interpuesto.

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

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El proceso se inicia por copias compulsadas por la F.D.J.P.C.S., en junio 18 de 1997, ante el Tribunal Seccional de Ética Médica de Santafé de Bogotá, en donde por competencia (lugar de los hechos municipio de Soacha Cundinamarca) se le dio traslado al Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca, y allí se radicó en agosto 26/97.

La F. por su parte, adelanta investigación por homicidio culposo, sin conocerse hasta ahora, de acuerdo con el instructivo revisado, la decisión de fondo que se haya tomado, desde el punto de vista penal.

El proceso lo instruyó y falló en primera instancia el Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca, sancionando al Dr. I.M.R., con la suspensión de tres meses en el ejercicio de la medicina, por violación de los artículos 15 y 34 de la Ley 23/81. En cuanto a H.R, la otra inculpada, se decidió cesar procedimiento, en su favor, por no haberse podido demostrar su calidad de Médico.

El Dr. I.M.R., interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra la providencia sancionatoria, el Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca le negó el de reposición, concediéndole el de apelación, y en esta forma llega al Tribunal Nacional de Ética Médica.

En desarrollo del proceso instructivo de la F. se anexaron a la investigación los documentos que a continuación se relacionan, de la misma manera que se practicaron las pruebas que de inmediato se comentan:

- 1). Acta del levantamiento del cadáver de N.O.S.
- 2). Autopsia médico-legal.
- 3). Declaraciones ante la F. de la madre de la fallecida Y.S.S.; de A.G. de S., cuñada de la madre de la paciente; de M. del P.S.A. - investigadora del CTI (Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía); y la de L.A.P., investigador judicial del CTI.

Por decisión del 13 de octubre de 1998 se formularon cargos contra los Dres. I.M.R. e H.R. por parte del Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca, por la presunta violación de los artículos 10, 15 y 34 de la ley 23 de 1981.

El 22 de diciembre de 1998 presentó diligencia de descargos ante la Sala Plena del Tribunal de Cundinamarca el Dr. I.M.R.

Por auto del 7 de julio de 1998 se ordenó el emplazamiento de la acusada H.R.

Se anexaron fotocopias auténticas de la historia clínica correspondiente al tratamiento médico dispensado a N.O.S. (obitada).

El 27 de marzo del presente año se dictó el fallo de primera instancia por parte del Tribunal de Cundinamarca sancionando al Dr. I.M.R., y decretando el cese de procedimiento a favor de la H.R. por no haberse podido demostrar su calidad de médico.

Se le recepcionó declaración de Y.S.S., madre de la difunta.

Por providencia del 6 de julio del presente año emanada del Tribunal de Cundinamarca, se negó el recurso de reposición y se concedió el de apelación ante el Tribunal Nacional, interpuesto por el Dr. I.M.R.

El Dr. Jorge Segura Vargas se declaró impedido por haber conocido del proceso en primera instancia. Se le aceptó el impedimento y el Ministerio de Salud, designó en su reemplazo al Dr. Sergio Isaza Villa

Los hechos tuvieron ocurrencia en el municipio de Soacha (Cund.) en el C.M.S.M.Q.S.F. ubicado en la cra. 7 No. 19-15.

El Dr. I.M.R., es un médico general, de 42 años de edad, egresado de la Universidad Nacional de Colombia en 1983. Es socio y a la sazón se desempeñaba como director del C.M. antes mencionado.

De H.R. poco se sabe, porque a pesar de que estuvo vinculada como médico al aludido C.M., posteriormente se retiró, y no aparecen datos profesionales de ella en el expediente, y como ya se dijo, no se logró establecer su estatus de médico legalmente registrado en el Ministerio de Salud, ni en las Secretarías de Salud de Santafé de Bogotá y de Cundinamarca. -

Los hechos fatales que se desencadenarían se inician con la llegada de la paciente N.O.S., que para la época de los hechos contaba con 15 años de edad, G1 Po Ao Co Vo y cursaba su primer embarazo de 24 semanas de gestación y con una fecha probable de parto el 19 mayo/95.

Las consultas y controles fueron atendidas por el Dr. I.M.R.Y la Sra... H.R., en el Centro Médico, ya mencionado.

La primera valoración fue practicada por el Dr. I.M.R. el 8 de enero /95, la paciente consultó por dolor en región abdominal y lumbar. Experimentaba dolor a la palpación lumbar y periumbilical. Fetocardia y movimientos fetales estaban dentro de límites normales. En el resto del examen físico no se encuentra patología evidente. Se interroga una infección urinaria. Se formula ampicilina.

Otra consulta fue realizada por el mismo profesional, el 17 de enero/95, se anota impresión diagnóstica infección urinaria, se formula macrodantina adorem (Sic).

Nuevamente es atendida el 16 de Feb/95 por salida de líquido por la vagina, cefalea y leucorrea.

Se plantea un diagnóstico de amenaza de parto pretérmino y de ruptura prematura de membranas. Se hospitaliza y se prescribe bricanil (tocolítico). La evolución desde este momento ocurre así.

Febrero 18: Actividad uterina, cuello central dilatado 2 Cms - embarazo de 24 semanas - se formula bricanil, ampicilina, óvulos de furacín.

Se suspende goteo de bricanil y luego reiniciarlo después de pasar suero fisiológico - aumento de pulsaciones; 15 :45 Bri/canil - control de signos vitales

21 :40 Continúa taquicardia y actividad uterina.

Febrero 19: Continúa taquicardia desde las 6 :30 AM - presenta contracciones uterinas. A las 7:30 AM. - tacto vaginal borramiento cuello 100% - Dilatación 10 Cms. Estación +2 . Membranas integra abombadas, expulsivo, se lleva a la Sala de parto, amniotomía: Líquido claro, Episiotomía. Nace a las 7 : 35 AM Neonato masculino, Apgar al 1'de 5/10 y a los 5'de 7/10. No se pesó ni talló, se remite urgente a otra institución (el recién nacido). Alumbramiento normal, placenta completa - revisión uterina - episiorrafia.

Parto y alumbramiento sin complicaciones - Hay cianosis tiene O2 y líquidos endovenosos.

A las 9 AM presenta disnea, cianosis labial y periférica dolor precordial T. A. 140/90 - F. C. 100 F. R. 40. Mal estado general, estertores y roncus en ambos campos pulmonares.

Se intenta remisión a un 3er. Nivel.

Se solicita al Hospital de Soacha préstamo de una ambulancia, pero mientras tanto se presenta paro cardio-respiratorio. Se entuba y se efectúa masaje cardíaco por 45 minutos, se aplica adrenalina y O2 con ambu sin ninguna respuesta. La paciente fallece a las 10 AM (del 19 de feb./95. El recién nacido igualmente tuvo un desenlace fatal a los tres días en el Hospital Kenedy donde fue internado finalmente.

Como causas de muerte de la madre gestante, el médico tratante Dr. I.M.R. conceptúa embolia líquido amniótico infarto agudo de miocardio- amenaza de parto prematuro (SIC).

Las pruebas paraclínicas solicitadas dieron los siguientes resultados :

Ecografía : Posición cefálica - embarazo de aproximadamente 22 semanas
Grupo Sanguineo : O+

Frotis Vaginal : :Leucocitos - 8*5/campo células epiteliales ++++ bacterias +++ Gram - flora bacteriana grampositiva con morfología similar al corynebacterium; imagen en helecho negativa.-

Cuadro Hemático : Hb 12.5 gms % - Hto 39% -leucocitos 10.800/mm 3
Neutrófilos 87% - linfocitos 10% - monocitos 1% - cayados 2%

Parcial de Orina : Aspecto turbio- color amarillo PH6- Densidad 1030 - albúmina 150 mgs. Glucosa (-) - acetona 15 mgs.- leucocitos 8-20/ campo.
Hematies 6-10/campo - células epiteliales +++- moco + bacterias +++

Los diagnósticos del niño contemplados en el hospital Mario Gaitán Yanguas de Soacha fueron : Recién nacido pretérmino (peso 1.100 gms.) síndrome de dificultad respiratoria - riesgo de membrana hialina.-

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

La madre de la paciente al observar el escenario donde se atendió el parto de su hija estimó que era inadecuado para este menester, en el mismo sentido se pronunció L.A.P. - en su declaración - lo cual la motivó para acudir a la F., a instaurar la denuncia, este organismo compulsó copias al Tribunal Seccional de Ética Médica para lo de su conocimiento y además se dirigió a la Secretaría de Salud de Cundinamarca y a la Superintendencia de Salud, con el objeto de que verificaran el lleno de requisitos legales del Centro Médico aludido; además determinó la apertura de investigación penal contra H.R. y al Dr. I.M.R.

Sobre la infraestructura física del Centro Médico, en su declaración el Dr. IM.R. informó, que consta de : “Consultorio médico, una habitación - sala de procedimientos (suturas y curaciones), consultorio de odontología, laboratorio clínico, sala de espera, estar médico o biblioteca , sin referirse a equipamiento y disponibilidad de medicamentos de urgencias. Una señal elocuente de las condiciones precarias del Centro Médico fue la de la ausencia de un anestésico local para la práctica de la episiorrafía , la cual finalmente se realizó sin ésta ayuda terapéutica indispensable.

La madre de la paciente corrobora el cuadro de escasez de elementos, cuando afirma : “No había enfermera, no había anestesia, ni como aspirar al niño ni una sábana con qué arropar el bebé y en esto hay que precisar que la declarante tiene cierto conocimiento en atención Médica, dado que, era empleada de un laboratorio Centro Radiológico del Sur.

El Dr. I.M.R. sostiene que dejó a la paciente hospitalizada en observación por insistencia de la madre debido a que según ella, no se tomaba la droga y no mantenía el reposo ordenado. Sin embargo es claro que desde el momento de la hospitalización, se trataba de una complicación del embarazo.- Amenaza de parto prematuro y se manejó como tal, administración de brycanil (fármaco que inhibe las contracciones uterinas).

También manifiesta que no se le pueden endilgar responsabilidad por actos ejecutados por otras personas (H.R. y enfermeras) ; que su comportamiento como médico tratante estuvo dentro de unos parámetros intachables, prestó la atención debida, formuló los medicamentos indicados, solicitó los exámenes de laboratorio necesarios e hizo las anotaciones en la historia clínica pertinentes.

Pero lo cierto del caso, es que la historia clínica es incompleta e incoherente, no se registran evoluciones de los días 16 y 17 febrero/95, no aparecen notas de enfermería, ni lista de líquidos administrados, ni una evaluación periódica del estado de salud de la paciente, ni del curso de la amenaza de parto, sino solo ya cuando ocurrió este evento.

Es evidente, que hay una responsabilidad en la atención médica en la hospitalización entre el Dr. I.M.R. e H.R, el parto fue atendido por ésta última pero todas las notas de la historia clínica suscritas por H.R. fueron avaladas con el visto bueno del Dr. I.M.R., es decir se comportó como un médico supervisor. además, el como director del Centro Médico tenía la obligación de vigilar el adecuado funcionamiento del establecimiento a su cargo, y evitar el ejercicio médico ilegal dentro de la institución, como sucedió con la actividad de H.R.

Es de abonarle al Dr. I.M.R., su diligencia en la aplicación de las medidas básicas en la emergencia que se presentó en el postparto, como los esfuerzos desplegados para hacer la remisión de la paciente en los instantes obvios de una grave complicación, que no dio tiempo por lo avanzado que estaba para que se hubiera podido efectuar. Los hallazgos del estudio post mortem (necropsia) son : piclonefritis aguda y miocarditis abscedada, endometritis y trombos sépticos miometriales - Falla orgánica multisistémica.

Se trata en consecuencia de un estado séptico con una posible puerta de entrada (foco primario) en el aparato genitourinario, que como síndrome evolutivo pasa secuencialmente por varias etapas, que en este caso estuvieron larvadas las iniciales, aunque la taquicardia que se apreció pudo ser una señal del mismo, cuya manifestación clínica patente tuvo ocurrencia en el postparto inmediato, y la instalación de la patología detectada estuvo presente desde antes del desencadenamiento del parto.

Los hechos relacionados con anterioridad nos llevan a las siguientes conclusiones:

- 1).- El embarazo y parto de N.O.S. eran de alto riesgo debido a la edad de la paciente (15 años), adolescente y por la patología infecciosa genitourinaria, en estas condiciones debió atenderse en una institución de tercer nivel hospitalario, para garantizar las condiciones favorables, tanto de la madre como del hijo.

2). El Centro Médico donde fue internada N O S no reúne los requisitos idóneos en cuanto a personal, infraestructura física y dotación para enfrentar satisfactoriamente la atención de un parto de alta complejidad, por lo tanto se expuso injustificadamente a un alto riesgo, que se pudo prever, para la salud de la madre y del niño, como desafortunadamente no sucedió.

3)- Es oportuno agregar que la infección urinaria es una condición predisponente de parto pretermino.

4).- Hubo tiempo suficiente para tomar las medidas de trámite con el propósito de remitir la paciente a la institución hospitalaria indicada, contándose con una red de hospitales públicos disponible en Santafé de Bogotá, y la distancia geográfica y la recursividad permitían hacer el traslado de la paciente oportunamente.-

5).- Se evidencian deficiencias significativas en la elaboración de la Historia Clínica.

Se comparte la apreciación del Tribunal de Cundinamarca por la violación de los artículos 15¹ y 34² de la Ley 23 /81 por la conducta profesional del doctor I.M.R. en la atención de N.O.S, pues es perfectamente evidente que por tratarse de un embarazo de alto riesgo por la edad de la menor embarazada, no podía haber sido atendida en el sitio que lo fue deficientemente y que influyó de manera notoria en el doble desenlace fatal; de la misma manera que se evidencia que la historia clínica no cumple con los requisitos exigidos por la ciencia médica, ni por la ley, porque no recoge el real estado del paciente, ni las distintas fases relacionadas con el deterioro en el estado general de salud que finalmente provocó su muerte por falla multisistémica.

En las condiciones precedentes hemos de concluir que hay elementos de juicio suficientes para sancionar disciplinariamente al Dr. I.M.R. por lo cual se confirmará la decisión que es objeto del recurso, no sin antes destacar que consideramos, por el doble resultado fatal que en éste caso se produjo, que

1- Art. 15.- El médico no expondrá a su paciente a riesgo injustificado. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible y le explicará al paciente o a sus allegados responsables de tales consecuencias anticipadamente.

2 - 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 en la ley

la sanción que es objeto de análisis fue sumamente benévola y que por las mismas circunstancias hubiera ameritado una sanción de mayor gravedad.

No se procede a hacer esa agravación de la pena, porque al haber sido el disciplinado el único apelante, lo cobija la garantía constitucional de la reformatio in pejus, establecida en el artículo 31 de la Carta Política;³ garantía Superior que es aplicable a éste tipo de procedimientos, puesto que el artículo 29⁴ del mismo estatuto que consagra el principio del debido proceso, impone que las garantías que lo integran son aplicables a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y es claro que esta es una expresión de un procedimiento puramente administrativo.

En consecuencia de las consideraciones precedentes se debe oficiar a las autoridades competentes sobre el ejercicio ilegal de la medicina de H.R.

Reiterar la petición, ya formulada por la F., a la Secretaría de Salud de Cundinamarca y a la Superintendencia Nacional de Salud, para que inspeccione y revise los requisitos de funcionamiento del Centro Médico donde se atendió a N.O.S.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en cumplimiento de las funciones conferidas por la Ley

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO: CONFIRMAR LA SUSPENSIÓN DE TRES (3) MESES EN EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN MÉDICA al doctor I.M.R., como responsable de la vulneración de los artículos 15 y 34 de la ley 23 de 1981, impuesta por el Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca.- ARTICULO SEGUNDO: COMPULSAR COPIAS con destino a las autoridades competentes para que sea investigada H.R. por la posible contravención de ejercicio ilegal de la profesión médica. ARTICULO TERCERO: OFICIAR NUEVAMENTE a la Superintendencia Nacional de Salud y a la Secretaría de Salud de Cundinamarca para que inspección el centro médico al que se alude en ésta providencia para verificar el lleno de los requisitos como institución

3 - Art. 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.* - (La parte destacada no es del texto).

4 - Art. 29.- *El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas ...*” (La parte destacada no es del texto).

prestadora de salud.- ARTICULO CUARTO: COMUNIQUESE el contenido de esta decisión al Ministerio de Salud, a los Tribunales Seccionales de Ética Médica y a la Federación Médica para que sea fijado en lugares visibles de conformidad con lo establecido en el artículo 53 del Decreto 3380 de 1981. COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.

FDO. ODILIO MÉNDEZ SANDOVAL, Magistrado –Ponente; SERGIO ISAZA VILLA, Magistrado Ad-Hoc; HERNANDO GROOT LIEVANO, Magistrado ; HUMBERTO GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, Magistrado, JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Abogada Secretaría General.

PRINCIPIOS DE LA CONVIVENCIA SOCIAL EN EL EJERCICIO DE LA MEDICINA

PARTE 1

CONVIVENCIA, BIEN COMÚN, BUENA FE Y DEBER DE CUIDADO
FERNANDO GUZMÁN MORA, MD, MSC¹

I- ¿QUÉ ES CONVIVENCIA SOCIAL?

El trasegar de la humanidad no ha sido sencillo y mucho menos pacífico. Una de las formas de contar la historia es a través de los episodios de conflicto y guerra en todas y cada una de las comunidades y sociedades que se han formado hasta en el último rincón del planeta, porque la violencia, el egoísmo, el odio por los congéneres es consustancial a la naturaleza humana

Lo primero que el ser humano agrupado en comunidad produjo, fue el fenómeno de la CULTURA², a través de la enseñanza de rituales de alimentación, defensa social y muerte. Algunos elementos del fenómeno cultural incluyen la protección de los recién nacidos, el emparejamiento familiar, la creación del pensamiento simbólico y el perfeccionamiento del lenguaje

Luego vino la CIVILIZACIÓN³. La comunidad que posee modelos culturales

1 Medico. Universidad del Rosario. Especialista en Anatomopatología. Universidad del Rosario. Especialista en Cirugía General. Universidad Javeriana. Especialista en Cirugía Cardiovascular. U of Newcastle upon Tyne. Especialista en Administración en Salud. Universidad Santo Tomas. Abogado. Magna Cum Laude. Universidad Militar Nueva Granada. Magister en Derecho Penal. Universidad Libre Bogotá. Especialista en Bioética. Universidad El Bosque. Aspirante a Maestría en Bioética. Universidad El Bosque. Presidente Nacional. Federación Médica Colombiana. Magistrado y Presidente Tribunal Nacional de Ética Médica. Vicepresidente. Colegio Médico de Cundinamarca (FMC). Asesor Médico Jurídico. Hospital Militar Central. Profesor Titular de Cirugía. Universidad del Rosario. Profesor de Cirugía. AH. UMNG. Catedrático de Derecho Médico. Universidad del Rosario.

2 También es definida como: "...todo complejo que incluye el conocimiento, el arte, las creencias, la ley, la moral, las costumbres y todos los hábitos y habilidades adquiridos por el hombre no sólo en la familia, sino también al ser parte de una sociedad..." <http://www.significados.com/cultura/>

3 "...Como civilización se denomina el conjunto de costumbres, conocimientos, artes e instituciones que constituyen las formas de vida de una sociedad humana. En este sentido, las civilizaciones son sociedades que

similares, tradición histórica similar, costumbres unificadas, formas de conducta unificada y criterios intelectuales de la misma especie.

Su desarrollo culminó inicialmente con la conformación de la SOCIEDAD,⁴ esa agrupación de personas que posee un área determinada de habitación, una cultura común, unos valores similares y unas costumbres comunes, lo cual les hace crear entre sí una serie de interacciones e interdependencia. Una vez constituido el grupo, se plantean unas reglas de juego de manera expresa o tácita, en donde se regulan procesos de conducta, participación, actividades, jerarquía, propiedad, etc

Aquí nace la SOCIALIZACIÓN⁵, la cual constituye un proceso a través del cual la persona recibe el impacto de su medio social y los acopla a su estructura individual para adaptarse, paso a paso, a la comunidad en que vive.⁶ En este proceso se aprenden las reglas de comportamiento básico y se aprende a diferenciar lo que se considera bueno y malo de las acciones humanas.

A todo lo largo de estos procesos de millones de años, se va conformando lo que denomina CONVIVENCIA SOCIAL.⁷ La difícil tarea de adaptarse a vivir en comunidad dentro de unas reglas de juego que enseñan que los seres humanos tenemos obligaciones y derechos creados por la misma sociedad en que vivimos.⁸

han alcanzado un alto grado de complejidad en sus formas de organización, sus instituciones, su estructura social y sus relaciones económicas; que están dotadas de un sistema de político, administrativo y jurídico, y que han desarrollado el conocimiento científico y tecnológico, así como el arte y la cultura. De allí que se considere que el concepto de civilización implique, necesariamente, la presencia de cultura, y pueda considerarse, en muchos casos, como su sinónimo, es decir, el conjunto de creencias, valores, costumbres, tradiciones, manifestaciones artísticas, instituciones, etc., que caracterizan a una sociedad..." <http://www.significados.com/civilización/>.

4 "...la unión intencional, estable y estructurada, de seres humanos que buscan activa y conscientemente la consecución de un bien común..." <https://pochicasta.files.wordpress.com/2009/03/que-es-sociedad.pdf>.

5 "...El concepto de socialización o sociabilización consta del proceso por el cual los individuos acogen los elementos socioculturales del contexto social en el que se encuentran mediante la interrelación con el resto de los individuos, de modo tal que se internalizan los conceptos acerca de la realidad a su personalidad durante el desarrollo del proceso de adaptabilidad social. En otras palabras, es al relacionarse con las demás personas cuando el individuo adquiere las perspectivas, las pautas, normas y valores culturales de una determinada sociedad y en un momento histórico en particular..." <http://concepto.de/socializacion/>.

6 De acuerdo con Simmel, la sociedad no se encuentra separada del individuo, sino que este es la síntesis de su pertenencia social y su existencia no social. Se es parte del todo social pero también se es un todo en sí mismo. Wilkis A, Berger M. La relación individuo-sociedad: una aproximación desde la Sociología de Georg Simmel. Athenea Digital. Revista de pensamiento e investigación social (ReDi-UAB) Número 7, primavera 2005. <http://atheneadigital.net/article/view/n7-wilkis-berger>

7 Decía Alfonso Reyes: "...Mi respeto a la sociedad, y el de cada uno de sus miembros para los demás, es lo que hace posible la convivencia de los seres humanos..." <http://www.frasesypensamientos.com.ar/frases-de-convivencia.html>

8 "...Tal vez temía que ese grandioso amor, que había resistido tantas pruebas, no pudiera sobrevivir a la más terrible de todas: la convivencia..." (Isabel Allende. La casa de los espíritus. 1982)

La sociedad humana y los cerebros que la componen ha inventado todo: la estructura familiar, las normas de comportamiento social, la organización económica, las leyes de derecho positivo, e incluso el concepto de bien y mal.

Y para llegar al punto histórico en que nos encontramos han tenido que ocurrir una serie de episodios de guerra, so juzgamiento, violencia, dolor y muerte, cuyas dimensiones las conocemos a través de los registros históricos, que señalan al ser humano como el más agresivo predador que este planeta ha conocido.

La convivencia humana gira alrededor de una educación permanente fundada en principios que se manifiesten en todos los ámbitos sociales, para alcanzar virtudes y valores mediante el conocimiento y la práctica de hábitos repetitivos que formen el tipo de persona que cada sociedad desea formar.

Se fomentan entonces en el respeto a la integridad del otro, la solidaridad con el semejante, la comunicación, la defensa del bien común y el entorno, la conservación de tradiciones sanas y el seguimiento de las normas, entre muchos otros.⁹

La regulación de la conducta humana se debe a la imposición del Derecho, uno de los grupos normativos que rigen la conducta humana y el único que ha sido efectivo en lograrlo (parcialmente claro está), pese a sus defectos, inexactitudes, errores e injusticias permanentes.

Con todo, a pesar de su imperfección, la norma jurídica es lo único que ha logrado atemperar los impulsos humanos nacidos en el inconsciente, pues ella no tiene opción de obedecerse o no. Se acata por la razón o por la fuerza de la misma sociedad

Dentro de los dictados de conducta nacidos de un teórico contrato social, la compañía intelectual del Derecho ha sido un grupo de elementos entre los cuales se incluyen el principio de la buena fe, el principio de confianza, el deber general de cuidado, el seguimiento de las *lex artis*, la adecuación del riesgo y la posición de garante de algunas personas sobre otras.¹⁰

9 Lo que permite abarcar las diversas formas de lo social es la socialización y este concepto incluye la parte dinámica del campo social. Y en esto se incluyen elementos sociales e individuales muy difíciles de separar. Pero la realidad social es un continuo ocurrir de los sujetos que entran en múltiples relaciones. La sociedad no se encuentra separada del individuo, sino que este es la síntesis de su pertenencia social y su existencia no social. Se es parte del todo social pero también se es un todo en sí mismo.

10 Para Kant, la base de la existencia del Derecho es el Contrato Social como principio racional, que garantiza el

En el ejercicio médico y en la tradicional relación médico paciente tienen efecto, como en ninguna otra profesión, las reglas de convivencia.

II- EL BIEN COMÚN

Es un grupo de características que propenden por el desarrollo de las personas de una sociedad, en sus aspectos físico, intelectual, cultural y espiritual, facilitando paz, bienestar y felicidad a todos los miembros de la comunidad, sin distinciones de raza, sexo, edad, credo, clase social, religión, ideas políticas, oficio ni cualquiera otro que tienda a romper la igualdad de las personas frente al Estado, la Ley y la Justicia.

Esto brinda a las personas seguridad, estabilidad, tolerancia, respeto a la individualidad, fortalecimiento de los valores, integración social, fomento a la creatividad, humanización de la vida cotidiana y mantenimiento del orden social.¹¹

Los juristas romanos diferenciaron entre cosas extrapatrimoniales (que pertenecían a toda la humanidad, como el aire y el agua) y las cosas públicas (que pertenecían al pueblo de Roma). Santo Tomás de Aquino consideraba que el objetivo de las leyes y los gobiernos es el Bien Común. Guillermo de Ockam en el siglo XIV afirmaba que el Bien Común es un fin racional al que tiende todo ser humano, porque solo a través de él encuentra la felicidad en su contexto social. Maquiavelo planteaba que el objetivo del Estado es el Bien Común, pero representado en el Príncipe.¹² Manuel Kant expresa que el Estado ideal es aquel en el cual obrar bien no es una alternativa sino un deber ciudadano de todos para proporcionar el Bien Común.

Voltaire y los enciclopedistas se refieren al respeto a la voluntad general como la esencia del Bien Común. Hegel dice que el Estado alcanza su plenitud cuando promueve el bien individual y el Bien Común. Jacques Maritain sostiene que

único derecho natural en el que el filósofo cree: la Libertad. Y la limitación del derecho de libertad está delimitado por los derechos de los demás asociados. De aquí nace una nueva forma de entender la voluntad comunitaria, no como lo plantea Rousseau (voluntad general de un interés colectivo), sino como un nexo interpersonal que obliga a respetar las libertades individuales.

11 El Papa Pío XI lo definía en la Encíclica Divinus Illius Magistri así: El bien común temporal es el fin específico del Estado. El bien común de orden temporal consiste en una paz y seguridad de las cuales las familias y cada uno de los individuos pueden disfrutar en el ejercicio de sus derechos, y al mismo tiempo en la mayor abundancia de bienes espirituales y materiales que sea posible en esta vida mortal mediante la concorde colaboración los activa de todos los ciudadanos.

12 Nicolás Maquiavelo habla del bien común en la siguiente forma: “ante todo es necesario la obra de un hombre sagaz y genial, privado de escrúpulos excesivos y dispuesto, a imponer, como sea, el imperio del bien general”

es función del Estado la redistribución de la riqueza para el beneficio de la mayor cantidad de personas.

Algunos principios del Bien Común son: la complementariedad entre el bien particular y el bien común; la igualdad de las personas frente a los fines del Bien Común; la prioridad del mismo frente al bien particular; el beneficio de los menos favorecidos; y su asociación con los Derechos Fundamentales de las personas.¹³

III- EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE¹⁴

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.¹⁵

13 La asociación del Bien Común con el orden público se encuentra delineado en la Sentencia C-435/13 "...4.2.1. El orden público ha sido definido como "el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos". La Constitución en el artículo 218 y en general el derecho de policía contemporáneo, se refieren también al estado de convivencia social, que además de seguridad, tranquilidad y salubridad, precisa también de condiciones de la moralidad y ecología para hacer posible el goce efectivo y generalizado de los derechos.

En un Estado social de derecho, la preservación del orden público representa el fundamento y a la vez el límite de las competencias de policía. En este contexto, la Corte ha establecido que el poder de Policía se subordina a los principios constitucionales y las libertades públicas, que solo pueden ser restringidas cuando sea indispensable y exista una finalidad constitucionalmente legítima orientada a lograr la convivencia pacífica y asegurar los derechos ciudadanos. De este modo, la expresión "orden público" no puede entenderse desligada del reconocimiento de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, ya que precisamente el respeto de estos derechos representa el núcleo esencial de esta noción..."

14 Guzmán REF

15 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

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

Según Ferreira Rubio,¹⁶ 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 específico¹⁷

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”¹⁸

Aunque la normatividad dice que debe presumirse la buena fe, lo que en realidad dice la CN es que debe obrarse conforme a los postulados de la buena fe.¹⁹

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.

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

16 Ferreira D. La buena fe. El principio general en el derecho civil. Ed Montecorvo. P 38. Madrid 1984

17 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.

18 Constitución Política de Colombia REF

19 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.

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

Dice la Corte Constitucional:²⁰

“El artículo 83 de la Constitución Política reconoce el principio de buena fe en las actuaciones de los particulares. Dicha disposición de raigambre Superior tiene desarrollo legislativo concreto, en materia contractual, en los artículos 1603 de Código Civil y 871 del Código de Comercio.

Según el principio de buena fe contractual, las partes obligadas por un acto jurídico actúan bajo los parámetros de la recta disposición de la razón dirigida al cumplimiento fiel de las obligaciones derivadas del acto. Se trata de reconocer que al momento de aceptar la realización de una determinada prestación, se procederá con honestidad, lealtad y moralidad”.

Lo ratifica la alta corporación en otra sentencia²¹

“La buena fe es considerada por el ordenamiento jurídico con una pluralidad de matices y de consecuencias. Sin pretender hacer una enumeración exhaustiva de las mismas, se pueden destacar las siguientes:

a- La buena fe es una causa o creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella. (...)

b- La buena fe es una causa de limitación del ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier otro poder jurídico.

c- La buena fe se considera como una causa de exclusión de la culpabilidad en un acto formalmente ilícito y por consiguiente como una causa de exoneración de la sanción o por lo menos de atenuación de la misma.

(...)

²⁰ Sentencia C-865/04 del 7 de septiembre de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil

²¹ Corte Constitucional, T-075 del 7 de febrero de 2002. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett

La buena fe como principio general del derecho, informa la totalidad del ordenamiento jurídico. Las complejas características de la vida moderna, exigen que este principio no sea simplemente un criterio de interpretación y una limitante en el ejercicio de los derechos. Así pues, el querer del Constituyente fue consagrarlo en el artículo 83 de la Constitución como una verdadera garantía”.

IV- DEBER GENERAL DE CUIDADO²²

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. .

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. ”

4- La Ley 1751 de 2015. Estatutaria en Salud. Que cambia radicalmente la práctica médica tradicional, en beneficio de los pacientes²³

El filósofo británico John Locke enuncia la regla de oro de la moral racional, que habría de incorporarse en el ejercicio médico: “Comportate como

22 Guzmán F, Franco E, Saavedra E. *Derecho Médico Colombiano. Responsabilidad médica ético disciplinaria. Universidad Libre. Bogotá. 2006*

23 Guzmán F, Moreno S. *Ley Estatutaria en salud. Gaceta Trib Nal Ética Médica. Mayo 2015*

quieras que otro se comporte contigo”.²⁴ 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.

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.²⁵

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.”²⁶

²⁴ Locke J. *An Essay Concerning Human Understanding*, in P.H. Nidditch (ed.), *An Essay Concerning Human Understanding*, based on the fourth edition, Oxford: Oxford University Press, 1975.

²⁵ 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

²⁶ REF

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.²⁷

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.²⁸

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'.²⁹

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.

En lo que concierne al tiempo que debe invertir en el procedimiento diagnóstico (artículo 10): "El médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los

27 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.

28 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.

29 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"

exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente.”³⁰

Además, solamente podrá utilizar aquellos métodos aceptados por la ley y la Lex Artis. “El médico solamente empleará los métodos diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas.” (artículo 12)

En lo que toca al deber de cuidado externo, los deberes esenciales son evitar acciones peligrosas y ejercer dentro del riesgo previsto. En las llamadas ‘actividades peligrosas’, el agente debe exonerarse de la presunción de culpa que milita en su contra: quien esgrime un arma blanca realiza una actividad que entraña peligro, en la misma forma en que lo hace quien conduce un vehículo.

Por lo tanto se presume que tuvo la culpa del resultado producido y le corresponde desvirtuar esa culpa presunta, demostrando que el hecho dañoso ocurrió por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por intervención de un tercero.

La Corte Suprema de Justicia expresó:³¹

“...4.1.4. La violación al deber objetivo de cuidado. El autor debe realizar la conducta como lo haría una persona razonable y prudente puesta en el lugar del agente, de manera que si no obra con arreglo a esas exigencias infringirá el deber objetivo de cuidado.

Elemento con el que se aspira a que con la observancia de las exigencias de cuidado disminuya al máximo los riesgos para los bienes jurídicos con el ejercicio de las actividades peligrosas, que es conocido como el riesgo permitido (en ámbitos como el tráfico, la medicina y el trabajo).

En razón a que no existe una lista de deberes de cuidado, el funcionario judicial tiene que acudir a las distintas fuentes que indican la configuración de la infracción al deber de cuidado, en cada caso. Entre ellas:

30 Debe tenerse en cuenta que la consulta médica no puede ser realizada contra reloj o bajo la presión burocrática de una mal entendida eficiencia. Solamente invirtiendo el tiempo necesario en cada enfermo se podrán conocer los elementos mínimos para diagnosticar, decidir, aconsejar una conducta y pronosticar, sin lucubraciones o especulaciones que afecten al enfermo en forma injustificada

31 Corte Suprema de Justicia. Proceso 19746 HCSJ. MP Edgar Lombana Trujillo

4.1.4.1. Las normas de orden legal o reglamentaria atinentes al tráfico terrestre, marítimo, aéreo y fluvial, y a los reglamentos del trabajo, dirigidas a disciplinar la buena marcha de las fuentes de riesgos.

4.1.4.2. El principio de confianza que surge como consecuencia de la anterior normatividad, y consiste en que quien se comporta en el tráfico de acuerdo con las normas puede y debe confiar en que todos los participantes en el mismo tráfico también lo hagan, a no ser que de manera fundada se pueda suponer lo contrario.

Apotegma que se extiende a los ámbitos del trabajo en donde opera la división de funciones, y a las esferas de la vida cotidiana, en las que el actuar de los sujetos depende del comportamiento asumido por los demás.

4.1.4.3. El criterio del hombre medio, en razón del cual el funcionario judicial puede valorar la conducta comparándola con la que hubiese observado un hombre prudente y diligente situado en la posición del autor. Si el proceder del sujeto agente permanece dentro de esos parámetros no habrá violación al deber de cuidado, pero si los rebasa procederá la imprudencia siempre que converjan los demás presupuestos típicos.

BIBLIOGRAFÍA

- 1- Ferreira D. La buena fe. El principio general en el derecho civil. Ed Montecorvo. P 38. Madrid 1984
- 2- Sentencia C-865/04 del 7 de septiembre de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil
- 3- Corte Constitucional, T-075 del 7 de febrero de 2002. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett
- 4- Guzmán F, Franco E, Saavedra E. Derecho Médico Colombiano. Responsabilidad médica ético disciplinaria. Universidad Libre. Bogotá. 2006
- 5- Guzmán F, Moreno S. Ley Estatutaria en salud. Gaceta Tribunal Nacional Ética Médica. Mayo 2015
- 6- Locke J. An Essay Concerning Human Understanding, in P.H. Nidditch (ed.), An Essay Concerning Human Understanding, based on the fourth edition, Oxford: Oxford University Press, 1975.
- 7- Corte Suprema de Justicia. Proceso 19746 HCSJ. MP Edgar Lombana Trujillo

PRINCIPIOS DE LA CONVIVENCIA SOCIAL EN EL EJERCICIO DE LA MEDICINA

PARTE 2- RIESGO, ACTIVIDADES PELIGROSAS, PRINCIPIO DE CONFIANZA, LEX ARTIS Y CONSENTIMIENTO

FERNANDO GUZMÁN MORA, MD, MSC¹

V- EL CONCEPTO DE RIESGO EN MEDICINA

Es bien sabido que el ejercicio de la medicina entraña riesgo; y es un hecho que la práctica médica puede provocar lesión a bienes jurídicos protegidos por la ley. Debido a esta circunstancia, algunos abogados (como en reciente sentencia de la sala penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia²) han inferido, con poca profundidad en el análisis, que la medicina es una actividad peligrosa.

A lo largo de la historia la sociedad ha aceptado la existencia del médico y el ejercicio de su actividad como un beneficio. Los seres humanos no sabrían qué hacer si en la comunidad no contaran con el precioso recurso de la medicina. Las personas dedicadas a la profesión médica han sido siempre tratadas con especial consideración y aprecio, porque se reconoce en ellas su dedicación, su voluntad de servicio, su idoneidad y eficiencia. Y es esa aceptación social,

1 Medico. Universidad del Rosario. Especialista en Anatomopatología. Universidad del Rosario. Especialista en Cirugía General. Universidad Javeriana. Especialista en Cirugía Cardiovascular. U of Newcastle upon Tyne. Especialista en Administración en Salud. Universidad Santo Tomas. Abogado. Magna Cum Laude. Universidad Militar Nueva Granada. Magister en Derecho Penal. Universidad Libre Bogotá. Especialista en Bioética. Universidad El Bosque. Aspirante a Maestría en Bioética. Universidad El Bosque. Presidente Nacional. Federación Médica Colombiana. Magistrado y Presidente Tribunal Nacional de Ética Médica. Vicepresidente. Colegio Médico de Cundinamarca (FMC). Asesor Médico Jurídico. Hospital Militar Central. Profesor Titular de Cirugía. Universidad del Rosario. Profesor de Cirugía. AH. UMNG. Catedrático de Derecho Médico. Universidad del Rosario

2 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (SALA DE CASACIÓN PENAL), con ponencia del Magistrado JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO, emitió la Sentencia SP8759-2016 (Radicación N° 41245. Aprobado acta N° 194, junio 29 de 2016).

debida en buena parte al altruismo y la responsabilidad inherentes a la práctica médica, la que la distingue de lo que, incluso para la sociedad, se denominan actividades peligrosas.

Efectivamente, 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.

VI- EL RIESGO PERMITIDO

Es lo que está socialmente aceptado. A través del desarrollo social se ha definido que, para poder permitir la interacción de los miembros de la comunidad, deben asumirse riesgos en forma permanente. Cada sociedad ha determinado sus riesgos aceptables. Ejemplo: En Roma los gladiadores; en países hispanos el toreo; en todo el mundo los viajes en avión.

Para que la sociedad pueda funcionar deben arriesgarse los bienes jurídicos de las personas. Sin embargo, quien pone límites a ese riesgo social es el Estado mismo, delimitando el residuo conductual que marca el riesgo permitido.³

Y siendo el Derecho Penal un producto social, este no puede prohibir lo que la sociedad acepta en forma abierta. Uno de los ejemplos es la exclusión de la bigamia de la lista de tipos penales del nuevo Código. Si bien puede

³ *La existencia de riesgos no es evitable, sino que sólo puede ser administrada de modo que se generen opciones favorables en el marco de las cuales cierto nivel de riesgo genera decididamente "provecho social"* Rusconi, M.; *Cuestiones de imputación y responsabilidad en el Derecho penal moderno; Ad-Hoc; Buenos Aires, Argentina, 1997; Pág. 74*

plantearse una posición de tipo moral en donde se invoquen además las buenas costumbres, las normas no contemplan esta situación como un delito específico.

Ahora: Cuáles son los elementos para definir lo que se encuentra permitido y lo que no lo es? Las talanqueras o límites que marcan la desaprobación del riesgo se pueden resumir en:

- Utilidad social
- Inevitabilidad del riesgo
- Necesidad social
- Costumbre
- Normas jurídicas

VII- LAS ACTIVIDADES PELIGROSAS

La ley ha definido el concepto de actividad peligrosa.⁴ Sin embargo, el concepto ha tenido diferentes interpretaciones jurisprudenciales a lo largo de los años.⁵

Se entiende por actividad peligrosa toda labor, ejercicio o acción riesgosa que lleve implícita la posibilidad de causar un daño o menoscabo en la persona o bienes de un tercero. Pero debe tenerse en cuenta que esta acción riesgosa, aparte de elevar el nivel de peligro por encima de lo normalmente aceptado en una actividad que debe ser lícita, debe beneficiar esencialmente a quien la despliega.

El artículo 2356 del Código Civil en lista, de manera no taxativa, ciertas actividades que deben entenderse como tales. Ha sido la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, a través de su jurisprudencia, la encargada de expandir dicha lista y sobre todo, de establecer los criterios para determinar si una actividad puede ser catalogada de peligrosa.

Así, para que una actividad sea entendida como peligrosa, para efectos de la responsabilidad civil, es necesario:

⁴ Actividad peligrosa es una categoría de la responsabilidad civil extracontractual contenida en el artículo 2356 del Código Civil

⁵ Sin embargo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO, emitió la Sentencia SP8759-2016 (Radicación N° 41245. Aprobado acta N° 194, junio 29 de 2016), donde condena al médico patólogo JOSÉ ÉDGAR DUQUE ECHEVERRY. En ella habla de manera francamente ignorante de la medicina como actividad peligrosa

1. Que dicha actividad sea lícita.
2. Que sea una actividad que por su naturaleza coloque a los terceros en una situación de riesgo o peligro.
3. Que contenga un elemento o fuerza extraña, ajena y superior a la que naturalmente despliega una persona.

El régimen de responsabilidad civil por actividades peligrosas consagra una presunción de culpa en cabeza del “guardián” de la actividad peligrosa. Así, al demandante le basta con probar que sufrió un daño, y que dicho daño ocurrió como consecuencia del ejercicio de la actividad. En este régimen, el demandado sólo puede exonerarse de responsabilidad demostrando una causa extraña (culpa exclusiva de la víctima, intervención de un tercero, fuerza mayor o caso fortuito), siendo inadmisibles, en forma exclusiva o aislada, la prueba de la debida diligencia.⁶

El Consejo de Estado ha negado que el ejercicio de la actividad médica constituya una actividad peligrosa. “[...] si bien el ejercicio de la medicina en sí no puede calificarse como una actividad peligrosa, sí puede representar un gran riesgo para los pacientes por los imponderables que la rodean, por lo que significa para la integridad física y mental de las personas usuarias del servicio.” (Sala Contencioso Administrativa. Sección III. Agosto 24/92. Magistrado Dr. Carlos Betancurt).⁷

Además, el riesgo que entraña la intervención directa sobre el cuerpo de otro debe haber sido calculado con la máxima precisión posible, pues el riesgo injustificado (el que no corresponde a las condiciones clínicas del paciente), corre por cuenta del médico.

6 Sent hcsj 28841-08. La actividad de conducir vehículos es de aquellas reputadas como de carácter peligroso, aunque es adecuada socialmente. El acusado JORGE LUIS CÁRDENAS ROJAS incrementó el riesgo autorizado cuando, con su conducción imprudente, al mando de un vehículo tracto camión, transgredió normas o reglamentos de tránsito al sobrepasar otro rodante de similares características en curva y con prohibición de adelanto por estar demarcada la vía con doble línea amarilla continua. El resultado producido, esto es, la muerte de la joven Jessica Lorena Araque Moreno, quien se movilizaba como parrillera en una motocicleta que se dirigía en sentido contrario detrás de una buseta de servicio público que tuvo que frenar y salirse de la vía para no impactar el automotor conducido por CÁRDENAS ROJAS, no concreta el riesgo creado por este último puesto que simplemente los liga la causalidad material.

7 Es decir, algunas de sus ejecutorias pueden constituir un peligro para médicos y pacientes. Los primeros, por el riesgo de contaminarse con enfermedades de cualquier tipo, y los segundos por las lesiones que pueden sufrir en el curso de un tratamiento. Como todo acto médico implica un riesgo, para que este riesgo no sea considerado una agresión, su finalidad debe ser de ayuda al organismo enfermo y debe basarse en ciertas normas: licitud, ejecución típica, seguimiento de normas científicas universalmente aceptadas y profesionalismo.

Se ha dicho que el médico, en la práctica de su profesión, puede adquirir tres clases de obligaciones: técnicas, éticas y legales. El deber de cuidado como obligación ética emana en nuestro medio de la Ley 23 de 1981.

Pero también es necesario entender algunos preceptos del derecho que obligan a los médicos a adoptar un comportamiento determinado en relación con los casos que conocen: la Constitución Nacional nos impone, a todos, el deber ciudadano de “obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”. (artículo 95, 2)

En el derecho civil se predica el deber de ejecutar los contratos con buena fe y “[...] por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.” (artículo 1603 del Código Civil Colombiano) Este principio regula toda la actividad médica contractual. Extra contractualmente también se impone el deber de obrar con diligencia y cuidado; quien ocasione un daño derivado de su comportamiento, está obligado a repararlo. (artículo 2341 del Código Civil Colombiano)⁸

Sin embargo, como se ha insistido, las responsabilidades tanto civil como penal, no sobrevendrán sino luego de una clara demostración judicial del comportamiento médico ilegal. Concretamente hablando del deber de cuidado, es preciso establecer la culpa del profesional a cuyo cargo se encontraba el paciente.

En estos eventos tendrá que actuar para impedir el resultado dañoso que puede derivarse de esa precisa actividad contratada, sin perderse de vista, eso sí, que esa actividad es, por regla general, ‘de medio’ y no ‘de resultado’. Otro daño, que el paciente pueda sufrir pero que no esté específicamente cubierto por la actividad médica contratada, no puede imputarse al médico como falta a su deber de garantía

Razón tiene el doctor Carlos M Arrubla cuando concluye que, de manera general, el artículo 45 del decreto 522 de 1971 (Código Nacional de Policía),

8 Son, pues, estas normas de nuestro derecho positivo, muy orientadoras en el momento de estudiar una determinada conducta médica para establecer, a la luz que ellas arrojan, si hay o no, obligación legal de responder por el daño que un paciente ha sufrido. Por ejemplo, el deber de cuidado impuesto por la ética, transmuta en un deber jurídico de indemnizar el daño producido e, incluso, la obligación de pagar una pena por la conducta omisiva que en dicho mal degenera.

sanciona la falta de atención a un particular con quien no se tiene, ni contractual ni legalmente, el deber de garantía. Es una sanción menor (pena de arresto), pero sanción, al fin y al cabo.⁹

De esta manera, volvemos a encontrar en la normatividad más simple, como es el Código de Policía, repetido el mismo llamado a la solidaridad ciudadana hecho ya desde la encumbrada norma 95,2 de la Constitución.

VIII- DEBER DE CUIDADO Y MEDICINA DEFENSIVA¹⁰

La ‘medicina defensiva’, se define como una alteración en la forma de práctica médica, inducida por amenaza o posibilidad de demanda, que intenta prevenirse de las quejas de los particulares, dejando bases de defensa en casos de una acción legal. Esta medicina defensiva lleva a dos consecuencias: el aumento en los costos de la atención por el incremento en la solicitud de exámenes paraclínicos e interconsultas, y la negativa de los médicos a involucrarse en procedimientos que impliquen alto riesgo. Los efectos que esta práctica tiene sobre los costos generales del sistema de salud son muy graves.^{11 12}

Una forma de balancear esta medicina defensiva es apoyarse en el concepto de otros colegas, situación contemplada en la Ley 23 de 1981 (artículo 19): “Cuando la evolución de la enfermedad así lo requiera, el médico tratante podrá solicitar el concurso de otros colegas en junta médica, con el objeto de discutir el caso del paciente confiado a su asistencia. Los integrantes de la junta médica serán escogidos, de común acuerdo, por los responsables del enfermo y el médico tratante.”

Hace ya mucho tiempo se ha advertido sobre el deber que todos tenemos de enmarcar nuestra conducta dentro de los requerimientos que socialmente se han establecido. Es lo que se ha dado en llamar la ‘adecuación social’ para explicar que, cuando una persona obra dentro de estos límites de lo socialmente aceptado, puede estar tranquila porque su conducta es penalmente atípica;

9 REF

10 Guzman F. UNA SENTENCIA QUE TERMINA CON EL EJERCICIO MEDICO. (Propuesta de un Decálogo de Protección, como parte de una medicina defensiva). Rev Asoc Col Cirugía. En orensa 2016

11 Guzman F. Por qué demandan a los médicos? Conf Universidad Nacional, Catedra Jorge Eliecer Gaitán. Sept 2016.

12 En este país, que repite la historia de los Estados Unidos con un retraso de 20 a 30 años, estamos a punto de presenciar la serie de fenómenos económicos anteriormente descritos. La aparición de las demandas médicas ya ha llevado a ejercer una medicina defensiva, con un mayor deterioro de la relación médico-paciente y el afán de protección profesional que tiene que ampararse en una serie de exámenes complementarios que confirmen las impresiones clínicas.

porque no debe responder por estos actos que la sociedad ha estimado legítimos. Desde ese entonces, el injusto penal o la responsabilidad civil han mirado, para calificar una conducta, las reglas que la sociedad impone en un sistema de convivencia pacífica, solidaria y participativa.¹³

Existe un deber de cuidado, como se ha dicho, porque vivimos en sociedad y es preciso que cada ciudadano, al entrar en contacto con otro, lo haga teniendo presente que es un ser humano digno de respeto y de un trato cuidadoso; porque no es ni social ni jurídicamente aceptable que alguien pueda inferir daño a otro sin una razón que justifique esta manera de comportarse. Porque somos iguales como personas y, por lo tanto, merecemos que nos traten con consideración buscando siempre nuestro bien .

IX- PRINCIPIO DE CONFIANZA EN MEDICINA¹⁴

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.

13 En nuestros días el ejercicio médico es más complicado que hace unos años. Los particulares han tomado conciencia de que el acto médico ha podido entrañar culpa o descuido y no se acepta, como antes, que el daño siempre sobrevenga por 'designio superior', fatalmente ocurrido a pesar de la impoluta actividad de un galeno a quien se miraba como a un semidiós. Ahora la actitud hacia la medicina ha cambiado, y la tecnificación ha llevado a pensar que el médico siempre tiene la facultad de curar, y en consecuencia siempre tiene la responsabilidad ante el fracaso. Ahora, el mismo Estado ha asumido el deber de protección y garantía de los derechos de sus asociados, y para velar efectivamente por su bienestar se ha hecho cargo de reparar el perjuicio sin mirar ya el concepto de culpa, sino el de daño causado que el particular no esté en obligación de soportar. Ahora, cuando las compañías de seguros amparan todos los riesgos y garantizan al paciente la entrega de jugosas cantidades de dinero en caso de la ocurrencia del siniestro; ahora es la hora del infortunio, de la intranquilidad y el miedo para los profesionales de la salud.

14 Guzman F, Franci E, Saavedra E. Responsabilidad ético médica disciplinaria. U Libre. Bogota 2006

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.¹⁵

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).

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.

15 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.

El médico deberá emplear solamente aquellos métodos aceptados por la profesión y la sociedad con base en la Lex Artis

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 mal praxis o mala práctica y, por tanto, no sujeta a consecuencias jurídicas si se efectúa dentro de la Lex Artis.

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.

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.

X- LA LEX ARTIS EN MEDICINA¹⁶

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.

16 Tribunal Nacional de Ética Médica. Providencia 58-2009. Magistrado Ponente Dr Fernando Guzmán

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.

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.

XI- 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.

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.¹⁷

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 ilustre cirujano renacentista Ambrosio Paré, fue uno de los que rompió paradigmas médicos considerados hasta entonces como inamovibles. Sin embargo, pese a hallarse en ese momento en la posición de privilegio más alta de Francia, al tener que apartarse de la ortodoxia médica y quirúrgica, lo hizo con gran cautela, con miedo reverente a la ley y dispuesto a afrontar las consecuencias que de sus actos se derivaran, aún encontrándose en estado de necesidad. Veamos lo que dicen sus propias palabras.¹⁸

“...En aquel tiempo yo era un soldado bisoño, que jamás había visto la primera cura de las heridas por arma de fuego. Es cierto que había leído en Jean da Vigo, Primer libro...que las heridas producidas por arma de fuego resultaban venenosas, a causa de la pólvora, y para su cura él mandaba cauterizarlas con aceite de sauco caliente hasta escaldar, en el que debería mezclarse una pequeña

17 *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.

Tribunal Nacional de Etica Medica. Providencia No. 59-2010. Magistrado ponente : Fernando Guzmán Mora

18 Guzmán F. Los conflictos derivados del acto medico y las propuestas de solución en Latinoamerica. El caso Colombia. Revista CONAMED, Vol. 7, Núm. 2, abril - junio, p 59. México 2002

triaca, y a fin de no equivocarme antes de utilizar dicho aceite, sabiendo que tal cosa podría ocasionar gran dolor al paciente, quise primero saber que hacían en la primera cura otros cirujanos, ...y de ellos tome valor para hacerlo como ellos lo hacían. Finalmente, me faltó aceite y me vi obligado a aplicar en su lugar un digestivo hecho con yemas de huevo, aceite de rosas y terebinto. Aquella noche no pude dormir a placer temiendo que por la falta de buena cauterización encontraría muertos o envenenados a los heridos a quienes no había podido poner el mencionado aceite, lo que me hizo levantarme muy temprano para visitarlos; más allá de mi esperanza, encontré que aquellos a quienes había puesto el medicamento digestivo sentían poco dolor y sus heridas sin inflamación ni tumefacción, habiendo descansado bastante bien durante toda la noche; los otros, a quienes había aplicado el citado aceite hirviendo, los encontré con fiebre, grandes dolores y tumefacción en torno a sus heridas. Entonces resolví para mí mismo, no quemar nunca más tan cruelmente a los heridos por arcabuzazos...”¹⁹

XII- 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.

El médico tiene la obligación de mantener al paciente permanentemente informado y la información debe ser completa y precisa, siempre que sea posible darla. Habrá eventos en los cuales el médico, según prudente juicio, mejor deba abstenerse de dar una información que lleve al paciente a un estado físico o mental peor de aquel en que se encuentra.

Pero si necesita la autorización del enfermo o de sus familiares para proceder clínicamente, esta es la obligación insoslayable de advertir el riesgo previsto, so pena de responder por él (artículo 16, Ley 23 de 1981).

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

¹⁹ <https://lanaveva.wordpress.com/2009/11/14/avance-de-la-cirugia-en-el-renacimiento-con-ambroise-pare/>

Colombia como desprendimiento de esa libertad (artículos 13, 16 y 28), está implícita en las decisiones de quien se somete a un tratamiento médico.

Incluso, como se ha recordado por la Corte Constitucional, cuando esas decisiones “se toman de manera imprudente o en perjuicio de la salud. Esta perspectiva considera peligrosa la posibilidad de reservar un derecho de intervención en aquellos eventos en los cuales el médico piensa que el paciente ha tomado la opción equivocada. El principio de autonomía permanece incólume aun cuando la persona elige de manera consciente un camino que no conduce al beneficio de su mejor interés. Esto es lo que en filosofía se conoce como ‘voluntad débil’. El derecho de los fumadores, por ejemplo, se funda en este tipo de justificación. No obstante la certeza del mal que produce el consumo del cigarrillo, se supone que el valor de la autonomía está por encima del perjuicio que pueda derivarse de la opción escogida.” (Sentencia T- 401/94).

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 1981.²⁰

²⁰ Ley 23 de 1981

BIBLIOGRAFÍA

- 1- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (SALA DE CASACIÓN PENAL), con ponencia del Magistrado JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO, emitió la Sentencia SP8759-2016 (Radicación N° 41245. Aprobado acta N° 194, junio 29 de 2016).
- 2- Rusconi, M.; Cuestiones de imputación y responsabilidad en el Derecho penal moderno; Ad-Hoc; Buenos Aires, Argentina, 1997; Pág. 74
- 3- Guzmán F. UNA SENTENCIA QUE TERMINA CON EL EJERCICIO MEDICO. (Propuesta de un Decálogo de Protección, como parte de una medicina defensiva). Rev Asoc Col Cirugía. En orensa 2016
- 4- Guzmán F. Por qué demandan a los médicos? Conf Universidad Nacional, Cátedra Jorge Eliecer Gaitán. Sept 2001
- 5- Guzmán F, Franco E, Saavedra E. Responsabilidad ético médica disciplinaria. U Libre. Bogotá 2006
- 6- Tribunal Nacional de Ética Médica. Providencia 58-2009. Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán
- 7- Tribunal Nacional de Ética Medica. Providencia No. 59-2010. Magistrado ponente : Fernando Guzmán Mora
- 8- Guzmán F. Los conflictos derivados del acto médico y las propuestas de solución en Latinoamérica. El caso Colombia. Revista CONAMED, Vol. 7, Núm. 2, abril - junio, p 59. México 2002
- 9-<https://lanaveva.wordpress.com/2009/11/14/avance-de-la-cirugía-en-el-renacimiento-con-ambroise-pare/>
- 10- Ley 23 de 1981

PRINCIPIOS DE LA CONVIVENCIA SOCIAL EN EL EJERCICIO DE LA MEDICINA

PARTE 3- IMPUTACIÓN OBJETIVA, POSICIÓN DE GARANTE Y SOLIDARIDAD

FERNANDO GUZMÁN MORA, MD, MSC¹

XIII- APLICABILIDAD DEL CONCEPTO DE IMPUTACIÓN OBJETIVA PENAL EN LA ACTIVIDAD MEDICA

Nuestro ordenamiento penal ha determinado expresamente en una de sus normas rectoras la proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva. Y esto aplica, sin duda alguna, a la actividad médica.

En épocas anteriores, se castigaba al médico simplemente por el hecho de haberse producido un daño. 2.000 años antes de nuestra era, en el ordenamiento penal más antiguo de que se tenga noticia, se establecía: “Si el paciente, operado de la herida grave o del ojo, muere o pierde el ojo, se le cortarían las manos al médico” (Código de Hammurabi). Es decir, únicamente por el hecho de producirse un resultado dañino, el médico debía responder. Es lo que se entiende por “responsabilidad objetiva”.

Obviamente el desarrollo de la cultura ha ido dando paso al principio de la responsabilidad subjetiva para castigar al hombre únicamente en el evento de que pueda demostrarse que incurrió en una falta de atención no excusable.

1 Médico. Universidad del Rosario. Especialista en Anatomopatología. Universidad del Rosario. Especialista en Cirugía General. Universidad Javeriana. Especialista en Cirugía Cardiovascular. U of Newcastle upon Tyne. Especialista en Administración en Salud. Universidad Santo Tomas. Abogado. Magna Cum Laude. Universidad Militar Nueva Granada. Magister en Derecho Penal. Universidad Libre Bogotá. Especialista en Bioética. Universidad El Bosque. Aspirante a Maestría en Bioética. Universidad El Bosque. Presidente Nacional. Federación Médica Colombiana. Magistrado y Presidente Tribunal Nacional de Ética Médica. Vicepresidente. Colegio Médico de Cundinamarca (FMC). Asesor Medico Juridico. Hospital Militar Central. Profesor Titular de Cirugía. Universidad del Rosario. Profesor de Cirugía. AH. UMNG. Catedrático de Derecho Médico. Universidad del Rosario

Ese elemento interno, ese querer, esa voluntad de hacer o no hacer, que dirige la conducta, es la base de la responsabilidad penal en nuestro Derecho. Sin el nexo psicológico entre lo realizado con voluntad y el daño causado, no es posible estructurar un juicio de reproche.

Uno de los problemas del derecho Penal consiste en cómo poder imputar el resultado de una conducta a quien la efectúa. Los principios de causalidad son el fundamento mismo de las teorías de la conducta.

El artículo 9 de la Ley 599 dice:

Conducta punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado. Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad.

El acápite más importante al respecto es: “La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”.

Existen dos tendencias: La de Roxin en Munich, de corte moderado. Y la de Jakobs en Bonn, más radical en sus planteamientos. Roxin aplica la imputación objetiva a la estructura dogmática del delito: Conducta Típica, Antijurídica y Culpable, preservando los bienes jurídicos tal y como se encuentran en las normas vigentes. Jakobs hace variar la dogmática de raíz al considerar que el bien jurídicamente tutelado es la norma en sí, siendo la función del estado la defensa de la norma y no de los bienes jurídicos individuales. Es decir, a la Conducta típica, antijurídica y culpable, le hace falta el elemento creación del riesgo y que esa creación sea desaprobada por el derecho penal.

El riesgo jurídicamente prohibido es un elemento más del injusto penal. Se maneja en el aspecto de la tipicidad. Si no hay tipicidad no se puede estructurar una conducta punible como tal. (Sentencia 36842 hcsj)

i) Imputación objetiva y acciones a propio riesgo o autopuesta en peligro

Según el artículo 9º del Código Penal, “la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”, de lo cual se deduce la necesidad de acudir a criterios adicionales para considerar realizados los tipos de resultado descritos en la parte general de dicho estatuto.

Pues bien, la teoría de la imputación objetiva permite determinar los eventos en los cuales una acción causal puede ser considerada típica, pues para esta corriente doctrinal aunque el nexo causal constituye presupuesto esencial de toda imputación, no es suficiente para considerar realizado el tipo objetivo porque, adicionalmente, se requiere, i) que el agente haya creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por el riesgo permitido, ii) que se concrete el resultado y, iii) que no se haya materializado una acción a propio riesgo o autopuesta en peligro.

En efecto, se parte de considerar la existencia de una serie de actividades cotidianas que, aunque generan riesgos jurídicamente relevantes deben ser permitidas, siempre y cuando se respeten las reglas de cuidado previstas en la ley o el reglamento, a efectos de garantizar la convivencia social, *verbi gratia*, el tráfico automovilístico, aéreo, marítimo, las actividades deportivas, las intervenciones médicas, entre otras.

A la par con las conductas riesgosas permitidas por el ordenamiento jurídico para garantizar el normal funcionamiento de la colectividad, existen otras acciones que, acorde con la teoría citada, no son imputables al tipo objetivo, así:

“a) No provoca un riesgo jurídicamente desaprobado quien incurre en una “conducta socialmente normal y generalmente no peligrosa”, que por lo tanto no está prohibida por el ordenamiento jurídico, a pesar de que con la misma haya ocasionado de manera causal un resultado típico o incluso haya sido determinante para su realización.

b) Tampoco se concreta el riesgo no permitido cuando en el marco de una cooperación con división del trabajo en el ejercicio de cualquier actividad especializada o profesión el procesado observa los deberes que le eran exigibles y es otra persona perteneciente al grupo la que no respeta las normas o las reglas del arte (*lex artis*) pertinentes. Lo anterior, en virtud del llamado principio de confianza, según el cual “el hombre normal espera que los demás actúen de acuerdo con los mandatos legales, dentro de su competencia”.

c) Igualmente, falta la creación del riesgo desaprobado cuando alguien sólo ha participado con respecto a la conducta de otro en una acción a propio riesgo, como la denomina Jakobs, o una autopuesta en peligro dolosa, como la llama Roxin”.

En cuanto a la autopuesta en peligro, ésta se concreta cuando, i) el agente se pone en riesgo a sí mismo o ii) cuando, con plena conciencia de la situación, se deja poner en dicha situación por otra persona, eventos en los cuales no puede imputarse al tercero el tipo objetivo porque quien conscientemente se expone a un acontecer amenazante se hace responsable de las consecuencias de su propia actuación.

XIV- POSICIÓN DE GARANTE.²

2 Sentencia SU.1184/01. Referencia: expediente: T-282730. Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

La jurisprudencia de la Corte no ha considerado de manera expresa el tema de las conductas omisivas. Aunque ellas deben estar sujetas a las mismas condiciones fijadas en la sentencia C-358 de 1997, que constituye doctrina obligatoria en la materia, la Corporación estima necesario despejar cualquier duda sobre el punto.

...

12. La dogmática naturalista del siglo XVIII en materia penal, trató de edificar el delito de omisión sobre la base de los elementos característicos del delito de comisión. Con fundamento en el derecho liberal que surge después de la revolución francesa, Feurbach encontró que la “obligación originaria” de todo ciudadano estaba constituida por prohibiciones: no realizar conductas que pudieran ocasionar daño a terceros. Los mandatos – la obligación de realizar determinados comportamientos orientados a proteger bienes jurídicos – tenían una naturaleza excepcional, porque en principio no se tiene el deber de iniciar acciones de salvamento a favor de otra persona. Para que ello ocurra, se requiere un “deber jurídico especial” que obligue a la evitación de determinados resultados. Los juristas del siglo XIX lo encontraron inicialmente en la ley y el contrato. Posteriormente le agregaron la injerencia (el comportamiento peligroso anterior) y las estrechas comunidades de vida. Este enfoque se caracterizó por el estudio de las fuentes formales; es decir, por determinar donde nacen los deberes jurídicos de evitación del resultado, mas no por precisar su fundamento.

13. El énfasis hacia el estudio material de las posiciones de garante es una tarea del siglo XX, que tuvo su máximo exponente en la llamada teoría de las funciones: es la posición que ocupe el sujeto en la sociedad, independientemente del reconocimiento expreso del deber de actuar en una ley, lo que fundamenta la obligación de evitar determinados resultados. Si bien el concepto de garante, como criterio básico de equivalencia entre la acción y la omisión se debe a Nagler (1938), el principal representante de un criterio material fue Armin Kaufmann. Para él, la posición del sujeto con respecto al control de fuentes de peligro (garantes de vigilancia) o frente a bienes jurídicos que debe defender ante ciertos peligros que los amenace (garantes de protección) determina la posición de garante.

14. El moderno derecho penal de orientación normativista, se caracteriza por el abandono de los criterios con base en los cuales la dogmática naturalista del siglo XIX. -predominante hasta la década de 1980 en el siglo XX- edificó la teoría del delito: causalidad, evitabilidad y dolo. Actualmente, el juicio de imputación se fundamenta en la delimitación de ámbitos de competencia: sólo se responde por las conductas o resultados que debo desarrollar o evitar en virtud de los deberes que surgen de mi ámbito de responsabilidad y que se desprenden de los alcances de la posición de garante. Lo demás –salvo los deberes generales de solidaridad que sirven de sustento a la omisión de socorro- no le concierne al sujeto, no es de su incumbencia.

Desde esta perspectiva, el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano.

... 15. En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de

La posición de garante hace referencia a los delitos de omisión, haciendo referencia a aquellas personas que tienen un deber jurídico específico de evitar ciertos resultados lesivos en determinados grupos de personas que han sido puestas bajo su cuidado

Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber:

1) *En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de deberes de seguridad en el tráfico, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados deberes de salvamento, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por asunción de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro.*

Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son deberes negativos porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás.

2) *Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso.*

Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos.

16. *En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante.*

Interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa. Vg. Si alguien maneja una represa y el agua se desborda ocasionándole daño a una población, en el juicio de imputación lo sustancial no es si el operario abrió la compuerta más de lo debido (acción) o simplemente no la cerró a tiempo (omisión); lo fundamental es si cumplió o no con los deberes de seguridad que surgían del control de una fuente de peligro. Lo mismo acontece, cuando en virtud de relaciones institucionales se tiene el deber de resguardar un determinado bien jurídico contra determinados riesgos. El padre de familia incumple sus deberes de protección frente a su hijo, no sólo cuando entrega el arma homicida, también lo hace cuando no evita que un tercero le ocasione una lesión mortal. En la actualidad, se afirma que la técnica moderna y el sistema social, hacen intercambiables la acción y la omisión. Günther Jakobs ha demostrado que todos los problemas del delito de omisión son trasladables a la acción. Hay conductas activas, socialmente adecuadas, que se convierten en un riesgo jurídicamente desaprobado cuando la persona tiene una posición de garante. Ejemplo: es socialmente adecuado apagar la luz del portón de una casa (acción) aun cuando sea probable que un peatón puede tropezar con la oscuridad; pero se convierte en un comportamiento prohibido (apagar la luz) si el propietario ha realizado una construcción frente a ella, porque al crear una fuente de peligro aparecen deberes de seguridad en el tráfico: alumbrar la obra para que nadie colisione con ella.

Este aspecto se puede considerar desde dos puntos de vista: Control de las fuentes de peligro (vigilancia) y defensa de bienes jurídicos consagrados en la Ley, los cuales deben ser defendidos (Protección).

Al omitir estos dos deberes se crea una situación de peligro la cual, sumada a la negligencia o al dolo del encargado de proteger esas personas, eleva el riesgo y ocasiona un daño.³

La Corte suprema de Justicia la define en la siguiente forma:⁴

Posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable.

...

En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. Es el concepto que vincula el fenómeno estudiado con los denominados delitos de comisión por omisión, impropios de omisión o impuros de omisión.

En sentido amplio, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas...”

El autor ecuatoriano Giovanni Criollo Mayorga determina en un escrito reciente:

³ La misma providencia de Montealegre incluye aspectos históricos importantes, como el siguiente:

“...El derecho penal internacional consuetudinario, desde el famoso caso Yamashita, en el cual se condenó en 1945 a un general del ejército Japonés por “... omitir ilícitamente y faltar a su deber como comandante de controlar las operaciones de los miembros bajo su mando, permitiéndoles cometer atrocidades brutales y otros crímenes graves contra la población de Estados Unidos, de sus aliados y dependencias, particularmente las Filipinas...”, ha venido reconociendo que el miembro de la fuerza pública que ostenta autoridad o mando debe adoptar medidas especiales para evitar que las personas que se encuentren bajo su efectivo control o subordinación, realicen conductas violatorias de los derechos humanos. Jurisprudencia que se ha reiterado en los diversos Tribunales Penales Internacionales, desde Núremberg hasta los ad-hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda. Doctrina que se plasmó normativamente en el art. 28 del Estatuto de Roma...”

⁴ Providencia 25.536 DE 2006. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. MAGISTRADO PONENTE: ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

La doctrina ha establecido que los delitos de comisión por omisión son delitos especiales en atención a que el autor de la infracción u omitente debe encontrarse en una particular situación denominada “posición de garante”, tomando en consideración la estrecha relación jurídica del omitente con el bien jurídico lesionado o puesto en peligro. “Los conceptos simples de delito especial se caracterizan por definirlo como aquella clase de tipo penal que se distingue por que en ellos se describe una conducta que sólo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos que posean ciertas condiciones especiales que requiere la ley”. Jakobs manifiesta en relación con los delitos de omisión que “Si en los delitos de comisión solo pueden ser autores determinadas personas (precisión terminológica: también quien omite típicamente se suele llamar autor (Täter) aunque precisamente no haga –Tut- nada que realice el tipo); ello reza también para la omisión impropia...” ... “El autor del delito de omisión solo puede serlo el titular de un deber de responder de que se evite el resultado (deber de garante).”^{5 6}

5 <http://giovanicriollomayorga.blogspot.com/2009/07/la-posicion-de-garante-en-los-delitos.html>

6 Continúa expresando el doctrinante del hermano país: En relación a lo que se refiere al concepto de la posición de garante, es menester anotar varias definiciones dadas por varios tratadistas importantísimos, así tenemos:

FRANCISCO MUÑOZ CONDE: manifiesta: “Es preciso además, que este sujeto tenga la obligación de tratar de impedir la producción del resultado en virtud de determinados deberes cuyo cumplimiento ha asumido o le incumben en razón de su cargo o profesión. Esta obligación especial, convierte al sujeto en garante de que no se produzca el resultado, de ahí el nombre de posición de garante....sólo aquellas personas que tienen una especial vinculación con el bien jurídico protegido pueden ser consideradas garantes de la integridad de ese bien jurídico. Así, por ejemplo, la madre del recién nacido tiene especial obligación de alimentarlo para que no muera; el médico tiene la obligación de atender al accidentado y procurar salvarlo; el que maneja una sustancia explosiva tiene la obligación de evitar que se produzca una explosión o incendio, etc. En estos casos, la omisión de la acción esperada no fundamenta un simple delito de omisión pura, sino, en la medida en que el resultado se produzca, una comisión de un resultado por omisión. La razón de ello está en que tanto un precepto legal, como el ejercicio de una determinada profesión o el manejo de una fuente de peligros, imponen a determinadas personas la obligación de impedir que se produzca un resultado lesivo.”

ENRIQUE BACIGALUPO, al respecto dice: “La posición de garante contiene el elemento decisivo de la autoría, que convierte a aquellos que omiten impedir un resultado en autores de la omisión en el sentido del tipo de un mandato de garantía equivalente al delito comisivo. Dicho con otras palabras; la posición de garante es el fundamento del deber cuya infracción determina la equivalencia entre el comportamiento típico activo y la no evitación del resultado. De esta manera tuvieron entrada en la posición de garante los deberes ético – sociales (pero no los meramente morales).” “La persona que se encuentre en esa posición estrecha de vinculación con el bien jurídico es denominada garante.” ... “¿Cuándo se da la estrecha relación entre el omitente y el bien jurídico que caracteriza la posición de garante? Se distinguen dos situaciones diversas: cuando el omitente tiene a su cargo el cuidado de una fuente de peligro frente a la generalidad de los bienes jurídicos y cuando tiene a su cargo el cuidado de un bien jurídico frente a los peligros que puedan amenazarlo.”

RAÚL EUGENIO ZAFFARONNI determina que “La Garantenstellung es una teoría que fue primitivamente concebida como un componente no escrito añadido al tipo de comisión, porque se consideraba que la omisión impropia era violatoria de una norma prohibitiva, habiendo sido el merito de la doctrina posterior asentar lo contrario, o sea, que las omisiones siempre violan mandatos normativos, observándose con razón que, toda vez que se requiere este elemento, ya el tipo es otro: pasa a ser un tipo de mandato de garante. El criterio aquí sostenido respecto de los impropios delitos de omisión, es el que abandona la posición que los consideraba como una subespecie o apéndice de los delitos de comisión, para tratarlo conjuntamente con los delitos comisivos, como una categoría delictiva estructural independiente, introduciendo la distinción entre las omisiones de cualquiera y las omisiones de los garantes.”

JESÚS GÓMEZ LÓPEZ, establece que “El elemento más característico de la omisión impropia es precisamente el sujeto activo en posición de garante, el cual se encuentra determinado en otras normas complementarias al tipo penal

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

• **INSTITUCIONAL** Normalmente existe en el funcionamiento social una serie de normas perfectamente establecidas. Y esto es aplicable a las instituciones de cualquier tipo que existen en la estructura del estado. Una persona que pertenezca a una de esas instituciones se encuentra en posición de garante respecto de los miembros de esa institución. El ejemplo más elemental es la Familia: Cada uno de sus miembros es garante de la integridad de los demás. El padre es garante de los hijos y de la esposa. Esta es garante de su marido y sus hijos. Y los hijos lo son de los padres. En la misma forma, un jefe es garante del subalterno, como también lo es el subalterno de su respectivo superior. Es el simple enunciado centenario de “amar al prójimo como a sí mismo”, pero

y que por lo mismo obran como elementos de reenvío. La posición de garante se encuentra constituida por el conjunto de circunstancias y condiciones que hacen que jurídicamente una persona esté particularmente obligada a proteger un bien jurídico de un riesgo o a supervigilar su indemnidad con relación a ciertas fuentes de peligro; estas circunstancias específicas hacen para el derecho, que quien omite salvaguardar el bien sea asimilado a autor del hecho punible o a partícipe del mismo.”

Finalmente quiero transcribir aquí la definición dada por el Corte Suprema de Justicia de Colombia que manifiesta lo siguiente: “Posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable. Cuando quien tiene esa obligación la incumple, y con ello hace surgir un evento lesivo que podía ser impedido, abandona la posición de garante.

En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. Es el concepto que vincula el fenómeno estudiado con los denominados delitos de comisión por omisión, impropios de omisión o impuros de omisión. En sentido amplio, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas.”

Como hemos podido advertir la Corte Suprema de Justicia de Colombia nos trae una definición que a nuestro modesto criterio es importantísima y que resume, de cierta forma, las explicaciones anotadas, sobre la posición de garante, dada por los tratadistas referidos, aunque es necesario determinar, por supuesto, que al final de dicha conceptualización, se adscribe al funcionalismo del Profesor Jakobs, porque en ella se establece el elemento de la “defraudación de expectativas”.

colocado a nivel de consideración jurídica para vivir en sociedad.

• ORGANIZACIONAL. También se está en posición de garante de manera individual. Y esto es más cierto cuando una persona maneja una fuente de riesgo, pues es garante de la fuente de riesgo y de los miembros de la sociedad que resulten afectados por su falta de control del mismo. Ejemplos de lo anterior son el responsable de la señalización de los trenes, el controlador aéreo, la persona a cargo de los explosivos de una guarnición y el médico en muchas situaciones. En casos extremos, como cuando se pierden sustancias explosivas, quien estaba a cargo de las mismas responde no solamente por ellas, sino por las acciones que con ellas se lleven a cabo, muchas veces a título de partícipe.

Dice la Sentencia mencionada:⁷

“...La imputación de una conducta o un resultado en derecho penal, depende del ámbito de competencia a que corresponda su protección. Para su delimitación (la del ámbito de competencia) hay que precisar en primer lugar (1) cuál es la posición de garantía que tiene el sujeto (si esta se origina en la creación de riesgos o en roles institucionales) y cuáles son los deberes que surgen de ella. Establecido este elemento, (2) hay cuatro que sirven para concretar el juicio de imputación : i) el riesgo permitido que autoriza la creación de peligros dentro de los límites que la sociedad va tolerando en virtud de las necesidades de desarrollo, ii) el principio de confianza, indispensable para que pueda darse una división del trabajo y que le permite al sujeto delegar ciertas tareas sobre la base de que los demás son personas autorresponsables que cumplirán con la expectativas que surgen de una determinada función, iii) la acciones a propio riesgo, en las cuales se imputa a la víctima las conductas que son producto de la violación de sus deberes de autoprotección y iv) la prohibición de regreso, según la cual, el favorecimiento de conductas dolosas o culposas por un tercero, no le son imputables a quien las hubiere facilitado dentro del riesgo permitido. Demostrada la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, se requiere además (3) una realización del riesgo. Es decir, que el mismo riesgo creado para el sujeto sea el que se concrete en la producción del resultado. Criterios como el fin de protección de la norma de diligencia, la elevación del riesgo y el comportamiento doloso o gravemente imprudente de la víctima o un tercero, sirven para saber cuándo se trata de la misma relación de riesgo y no de otra con distinto origen, no atribuible a quien ha creado inicialmente el peligro desaprobado.”⁸

⁷ Idem. Sentencia SU.1184/01.

⁸ Sentencia SU.1184/01. Referencia: expediente: T-282730. Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

XV- SOLIDARIDAD

Es un valor jurídico, una norma de conducta ética y una de las más importantes reglas de convivencia, pues es la base del Estado Social de Derecho y tiene una estrecha unión con la justicia y el bien común.

Es la disposición permanente en interesarse por los demás sin ninguna razón diferente a prestar ayuda cuando sea necesaria

Va de la mano con el concepto de compasión humana.

En reciente sentencia del Tribunal Nacional de Ética Médica se expresó:

“...No parece coherente, en caso de haber ocurrido, el inadecuado trato del paciente con una criatura de apenas tres años, hemofílica desde el comienzo de su vida, con los principios que deben ser salvaguardados en un acto médico. Y esto no solo incluye el maltrato del cual ha sido acusado y su ausencia de peso como prueba contundente en contra del investigado, gracias al principio de la duda en favor del reo. También incluye la consignación defectuosa de los datos o la ausencia prácticamente total de los mismos en la inexistente historia clínica elaborada por el médico LOZANO ANGARITA respecto de delicado paciente que es puesto bajo su cuidado.

Cualquiera sea la razón bajo la cual se escude el acusado, es una conducta de reprochable negligencia el no consignar los datos mínimos de una criatura que padece hemofilia y que llega con un cuadro clínico como el que afectó a este niño.

Respecto de la compasión humano, acudimos (Como en otras providencias al autor Leonardo Boff, quien expresa.

“...Tres escenas aterradoras, el terremoto en Japón, seguido de un tsunami devastador, la pérdida de gases radioactivos de las centrales nucleares afectadas, y los deslizamientos de tierras ocurridos en las ciudades serranas de Río de Janeiro, sin duda han provocado en nosotros dos actitudes: compasión y solidaridad.

Primero irrumpe la compasión. Ente las virtudes humanas, tal vez sea la más humana de todas, porque no solo nos abre al otro como expresión de amor dolorido, sino al otro más victimado y mortificado. Poco importa la

ideología, la religión, el estatus social y cultural de las personas. La compasión anula esas diferencias y hace que tendamos las manos a las víctimas. Quedarnos cínicamente indiferentes demuestra una suprema inhumanidad que nos transforma en enemigos de nuestra propia humanidad. Delante de la desgracia del otro no hay modo de no ser los samaritanos compasivos de la parábola bíblica.

La compasión implica asumir la pasión del otro. Es trasladarse al lugar del otro para estar a su lado, para sufrir con él, para llorar con él, para sentir con él el corazón destrozado. Tal vez no tengamos nada que darle y las palabras se nos mueran en la garganta, pero lo importante es estar a su lado y no permitir que sufra solo. Aunque estemos a miles de kilómetros de distancia de nuestros hermanos y hermanas de Japón o cerca de nuestros vecinos de las ciudades serranas cariocas, su padecimiento es nuestro padecimiento, su desespero es nuestro desespero, los gritos desgarradores que lanzan al cielo preguntando: ¿por qué, Dios mío, por qué?, son nuestros gritos desgarradores. Y compartimos el mismo dolor de no recibir ninguna explicación razonable. Y aunque la hubiera, no anularía la devastación, no levantaría las casas destruidas, ni resucitaría a los seres queridos fallecidos, especialmente a los niños inocentes.

La compasión tiene algo de singular: no exige ninguna reflexión previa, ni argumento que la fundamente. Ella simplemente se nos impone porque somos esencialmente seres compasivos. La compasión refuta por sí misma la noción del biólogo Richard Dawkins del «gen egoísta». O el presupuesto de Charles Darwin de que la competición y el triunfo del más fuerte regirían la dinámica de la evolución. Al contrario: no existen genes solitarios, todos están interretro - conectados y nosotros humanos formamos parte de incontables tejidos de relaciones que nos hacen seres de cooperación y de solidaridad.

Cada vez más científicos provenientes de la mecánica cuántica, de la astrofísica y de la antropología sostienen la tesis de que la ley suprema del proceso cosmogénico es el entrelazamiento de todos con todos y no la competición que excluye. El sutil equilibrio de la Tierra, considerada como un superorganismo que se auto-regula, requiere la cooperación de un sinnúmero de factores que interactúan unos con otros, con las energías del universo, con la atmósfera, con la biosfera y con el propio sistema-Tierra. Esta cooperación es responsable de su equilibrio, ahora perturbado por la excesiva presión que nuestra sociedad consumista y derrochadora hace sobre todos los ecosistemas y que se manifiesta por la crisis ecológica generalizada.

En la compasión se da el encuentro de todas las religiones, del Oriente y del Occidente, de todas las éticas, de todas las filosofías y de todas las culturas. En el centro está la dignidad y la autoridad de los que sufren, provocando en nosotros la compasión activa.

La segunda actitud, afín a la compasión, es la solidaridad. Obedece a la misma lógica de la compasión. Vamos al encuentro del otro para salvarle la vida, llevarle agua, alimentos, abrigo y especialmente calor humano. Sabemos por la antropogénesis que nos hicimos humanos cuando superamos la fase de la búsqueda individual de los medios de subsistencia y empezamos a buscarlos colectivamente y a distribuirlos cooperativamente entre todos. Lo que nos humanizó ayer, también nos humaniza hoy. Por eso es tan conmovedor ver como tanta gente de todas partes se moviliza para ayudar a las víctimas y a través de la solidaridad darles lo que necesitan y sobre todo la esperanza de que, a pesar de la desgracia, sigue valiendo la pena vivir...⁹

Y la Honorable Corte Constitucional expresó en otra providencia:

“...Esta corporación ha sostenido que la solidaridad se erige como un valor constitucional, que obliga tanto al Estado como al individuo a obrar en procura del interés general, desarrollándose en tres formas, así: “(i) como una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas ocasiones; (ii) como criterio de interpretación en el análisis de las acciones y omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales; (iii) como un límite a los derechos propios”...¹⁰

⁹ Tribunal Nacional de Ética Médica de Colombia. Prov 28-2014. Mag Ponente Dr Fernando Guzmán Mora, MD, MSC

¹⁰ Sentencia C-459 de mayo 11 de 2004, M. P. Jaime Araújo Rentería.

BIBLIOGRAFÍA

- 1- Providencia 25.536 DE 2006. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. MAGISTRADO PONENTE: ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.
- 2-<http://giovanicriollomayorga.blogspot.com/2009/07/la-posicion-de-garante-en-los-delitos.html>
- 3- Sentencia SU.1184/01. Referencia: expediente: T-282730. Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
- 4- Tribunal Nacional de Ética Médica de Colombia. Prov 28-2014. Mag Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora, MD, MS
- 5- Sentencia C-459 de mayo 11 de 2004, M. P. Jaime Araújo Rentería.