

**IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES CAUSAS DE QUEJAS A
LOS MÉDICOS POR VIOLACIÓN A LA ÉTICA MÉDICA EN EL
DEPARTAMENTO DE NARIÑO. ABRIL 1997-ABRIL 2007**

CESAR EDUARDO MARTINEZ GUERRERO

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA DE DERECHO
2009**

**IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES CAUSAS DE QUEJAS A
LOS MÉDICOS POR VIOLACIÓN A LA ÉTICA MÉDICA EN EL
DEPARTAMENTO DE NARIÑO. ABRIL 1997-ABRIL 2007**

CESAR EDUARDO MARTINEZ GUERRERO

**Trabajo de Grado para optar al título de
ABOGADO**

**Asesor
Dr. LIBARDO RIASCOS GOMEZ**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA DE DERECHO
2009**

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

San Juan de Pasto, Mayo de 2009

A mis padres (q.e.p.d.) por ser semillero de amor y de unión familiar
A mi mujer y mis hijos, por ser el motivo de mi superación
A mi Familia y la de mi mujer, por ser un apoyo incondicional

AGRADECIMIENTOS

El autor expresa sus agradecimientos a:

Dr. Libardo Riascos Gómez, Director de Tesis; por sus orientaciones y apoyo invaluable.

A mis profesores, quienes fueron los forjadores de mis conocimientos.

A la Universidad, por haberme dado la oportunidad de ser su alumno.

A los Honorables miembros del Tribunal de Ética Médica Seccional Nariño, quienes confiaron en el estudio propuesto y por toda la colaboración brindada conjuntamente con sus funcionarios, en la realización del estudio de campo.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	13
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	14
1.1 CONSIDERACIONES GENERALES	14
1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	15
2. JUSTIFICACIÓN	16
3. OBJETIVOS	17
3.1 OBJETIVO GENERAL	17
3.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS	17
4. MARCO TEÓRICO	18
4.1 LA PROFESIÓN DE MÉDICO Y LA ÉTICA	18
4.1.1 Breve reseña Histórica de la evolución de la medicina en Colombia	18
4.1.3 Requisitos para el ejercicio profesional	20
4.1.4 El papel del médico en la sociedad	21
4.1.5 La medicina General y las Especialidades	22
4.2 ESTRUCTURA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD COLOMBIANO	22
4.2.1 Roles y Responsabilidades	22
4.2.2 Transiciones	24
4.2.2.1 Transición en la Cobertura del Aseguramiento	25
4.2.2.2 Transición en los Subsidios de Oferta a Demanda	25
4.2.2.3 Transición en el Plan de Beneficios	25
4.2.3 Funcionamiento del Sistema	25
4.2.3.1 Régimen Contributivo	26
4.2.3.2 Régimen Subsidiado	28
4.2.3.3 Subsidio a la Oferta	29
4.2.3.4 Las ARS y los Departamentos. ¿Cómo garantizan los beneficios?	29
4.2.4 Responsabilidad	30
4.2.4.1 ¿En materia de salud quien es responsable de los usuarios?	31
5. MARCO JURÍDICO DE LA MEDICINA	34
5.1 PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA LEY 100 DE 1993	34
5.2 LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS	35
5.2.1 Elementos de existencia y Validez de los Contratos en General	35
5.2.1.1 Los sujetos en el contrato de prestación de servicios medico-asistenciales	36
5.2.1.2 El Acto Médico	37
5.2.1.3 Relación Medico – Instituciones	38
5.2.1.4 La importancia de la historia clínica	38
5.2.1.5 Marco jurídico de la historia clínica	40

5.2.1.6 "De las condiciones de salud del paciente"	41
5.2.1.7 Responsabilidad del equipo técnico respecto a la historia clínica	43
5.3 EL DIAGNÓSTICO Y EL TRATAMIENTO MÉDICO	45
5.4 EL RIESGO Y CONSENTIMIENTO INFORMADO	47
6. CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. LEY 23 DE 1984 Y DECRETO 3380 DE 1981	55
6.1 LOS PRINCIPIOS RECTORES	55
6.2 DERECHOS Y DEBERES DEL MÉDICO	58
6.3 DERECHOS Y DEBERES DE LOS PACIENTES	59
6.4 LA <i>LEX ARTIS</i> – EL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO	59
6.5 EL TRIBUNAL SECCIONAL Y NACIONAL DE ETICA MÉDICA.	62
6.5.1 Naturaleza Jurídica	62
6.5.2 Composición	63
6.5.3 Requisitos para Ser Miembro de los Tribunales	65
6.5.4 Decisiones	65
6.6 LOS PROCESOS ÉTICO-PROFESIONALES – COMPETENCIAS Y RECURSOS	66
6.7 LA NATURALEZA DE RESPONSABILIDADES	68
6.7.1 Elementos necesarios para que se declare la Responsabilidad Civil	68
6.7.1.1 El Daño	68
6.7.1.2 La Imputación	74
6.7.1.2 Teoría de la Equivalencia de Condiciones	75
6.7.1.3 Teoría de la Causalidad Adecuada	76
6.7.1.4 Etapas del Proceso de Imputación	76
6.8 FUNDAMENTO DEL DEBER REPARATORIO	82
6.8.1 Daño Antijurídico	82
6.8.2 Regímenes De Responsabilidad	84
6.8.2.1 Límites de los Contenidos Obligatorios	85
6.8.2.2 Responsabilidad Objetiva	86
6.8.2.3 El daño en medicina	88
6.8.2.4 La Culpa en Medicina	89
6.8.2.5 Imprudencia	89
6.8.2.6 Negligencia	91
6.8.2.7 Impericia	92
6.8.3 Tipos de responsabilidad	93
6.8.3.1 Por el campo jurídico (Penal, disciplinaria y ética médica)	93
6.8.3.2 Por la personería Jurídica (Estado, institucional, equipo, medico e individual)	95
6.8.3.3 Por la vinculación: Contractual y Extracontractual	95
6.8.4 Evolución Jurisprudencial de la Responsabilidad Médica del Estado por la Prestación de los Servicios de Salud	96
7. METODOLOGIA	101
7.1 TIPO DE DISEÑO	101
7.2 POBLACIÓN Y MUESTRA	101
7.3 INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN	101

8. TRABAJO DE CAMPO	104
CONCLUSIONES	126
RECOMENDACIONES	128
BIBLIOGRAFÍA	130

LISTA DE TABLAS

	Pág.
Tabla 1. Ponderación por años de las quejas presentadas en Nariño	104
Tabla 2. Municipios de Nariño	106
Tabla 3. Atención en instituciones de salud	107
Tabla 4. Entidades de Salud	108
Tabla 5. Instituciones Públicas y Privadas	109
Tabla 6. Niveles de atención de las instituciones prestadoras de salud.	110
Tabla 7. Grupo Étéreo	111
Tabla 8. Género	112
Tabla 9. Urbano y Rural	112
Tabla 10. Motivo de Ingreso de pacientes a las Instituciones de Salud	113
Tabla 11. Especialidades Médicas	115
Tabla 12. De lo que se quejan los pacientes	116
Tabla 13. Daño causado en los procesos	118
Tabla 14. Pretensiones en los procesos	119
Tabla 15. Quejoso	120
Tabla 16. Clasificación de las Normas Imputadas	121
Tabla 17. Decisiones tomadas en cada uno de los procesos estudiados	122
Tabla 18. Sanciones de cada uno de los procesos estudiados	124
Tabla 19. Remisiones a otras jurisdicciones	125

LISTA DE GRÁFICAS

	Pág.
Gráfica 1. Porcentaje de las quejas por años	105
Gráfica 2. Municipios	106
Gráfica 3. Porcentajes por atención en instituciones de salud	107
Gráfica 4. Entidades de Salud	108
Gráfica 5. Instituciones	109
Gráfica 6. Nivel de Atención	110
Gráfica 7. Rango de Edad	111
Gráfica 8. Género	112
Gráfica 9. Urbano y Rural	113
Gráfica 10. Motivo de Ingreso	114
Gráfica 11. Especialidades	115
Gráfica 12. Quejas de los pacientes	117
Gráfica 13. Daño Causado	118
Gráfica 14. Pretensiones	119
Gráfica 15. Quejoso	120
Gráfica 16. Normas Imputadas	121
Gráfica 17. Decisiones	122
Gráfica 18. Sanciones Definitivas	124
Gráfica 19. Remisiones	125

RESUMEN

EN EL PRESENTE TRABAJO ESTUDIAMOS 122 PROCESOS QUE HASTA EL MES DE ABRIL DE 2009, YA TENÍAN FALLO DEFINITIVO POR PARTE DEL TRIBUNAL SECCIONAL NARIÑO DE ÉTICA MEDICA. HASTA ESA FECHA SE HABÍAN INSTAURADO 200 QUEJAS EN EL LAPSO DE LOS 10 AÑOS DE FUNCIONAMIENTO QUE LLEVA DICHO TRIBUNAL.

REALIZAMOS UN TRABAJO DE CAMPO EN LAS DEPENDENCIAS DEL TRIBUNAL, MANEJANDO LOS EXPEDIENTES CON LA RESERVA DEL SUMARIO RESPECTIVA. OBTUVIMOS UNA SERIE DE VARIABLES QUE NOS IDENTIFICAN UNA SERIE DE PROBLEMAS QUE ES BUENO DARLO A CONOCER AL HONORABLE CUERPO MÉDICO.

NOS PROPONEMOS DEJAR EN CLARO QUE LA RELACIÓN MEDICO-PACIENTE NACE A LA VIDA JURÍDICA COMO PRODUCTO DE UN CONTRATO CONSENSUAL, EL CUAL TIENE IMPLICACIONES JURÍDICAS SINO SE ACTÚA DE ACUERDO A LAS NORMAS DE LA LEX ARTIS Y CUYA PRESTACIÓN DEBE HACERSE CON EL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO.

LAS NORMAS ÉTICAS ESTÁN DESCRITAS EN LA LEY 23 DE 1981 Y EN SU DECRETO REGLAMENTARIO 3380 DE 1981. LA LEY 100 DE 1993 Y SUS MAS DE 1200 DECRETOS REGLAMENTARIOS ENTORPECEN INDIRECTAMENTE LA RELACIÓN MEDICO PACIENTE; POR CUANTO AHORA ES MAYOR LA RELACIÓN MEDICO- ASEGURADORA. PARA QUE EL MEDICO SEA JUZGADO ÉTICAMENTE DE ACUERDO AL SISTEMA DE SALUD IMPUESTO EN NUESTRO PAÍS SE REQUIERE QUE SE ACTUALICE LA LEY 23 DE 1981.

EN ESTE TRABAJO NOS PROPONEMOS DESARROLLAR UNOS TEMAS QUE SON DE VITAL IMPORTANCIA PAR QUE LOS CONOZCA EL MEDICO, POR LAS IMPLICACIONES JURÍDICAS QUE TIENE EL EJERCICIO MEDICO SIN SU CONOCIMIENTO TALES COMO: LA HISTORIA CLÍNICA COMO ELEMENTO PROBATORIO DE DILIGENCIA Y CUIDADO EN UNA PROFESIÓN QUE EN PRINCIPIO DIRÍAMOS QUE ES DE MEDIOS Y NO DE RESULTADOS.

EL CONSENTIMIENTO Y SUS CARACTERÍSTICAS, DADO POR EL PACIENTE O POR UN TERCERO.

IMPORTANTE EL ANÁLISIS DEL DAÑO CAUSADO EN MEDICINA, PARA PODER HACERLE AL MEDICO EL REPROCHE DE DETERMINADA CONDUCTA.

ABSTRACT

IN THE PRESENT WORK WE STUDY 122 ACTIONS WHICH, UNTILL APRIL OF 2009, ALREADY HAD A DEFINITIVE DECISION BY THE NARIÑO'S MEDICAL ETHICS SECTIONAL TRIBUNAL. UNTIL THAT DATE 200 COMPLAINTS HAD BEEN PRESENTED IN THE 10 YEARS OF WORK OF THE SAID TRIBUNAL.

WE WORKED IN THE OFFICES OF THE TRIBUNAL MANAGING THE DOSSIERS WITH THE DUE LEGAL RESERVE. WE OBTAINED A SERIES OF VARIABLES WHICH IDENTIFIED PROBLEMS WE CONSIDER ARE GOOD TO BE KNOWN BY THE MEDICAL CORPS.

OUR PURPOSE IS TO MAKE CLEAR THAT THE PATIENT-DOCTOR RELATIONSHIP HAS ITS BIRTH IN THE LEGAL LIFE AS A PRODUCT OF A CONSENSUAL CONTRACT, WHICH HAS LEGAL CONSEQUENCES IF IT IS NOT PERFORMED ACCORDING TO THE RULES OF THE LEX ARTIS AND THE PERFORMANCE OF WHICH HAS TO BE MADE WITH AN OBJECTIVE DUTY OF CARE.

ETHIC RULES ARE DESCRIBED IN LAW 23 OF 1981 AND IN ITS REGLAMENTARY DECREE 3380 OF 1981. LAW 100 OF 1993 AND ITS MORE THAN 1200 REGLAMENTARY DECREES, INDIRECTLY INTERFERE WITH THE PATIENT – DOCTOR RELATIONSHIP; BECAUSE NOW IS BIGGER THE DOCTOR – INSURANCE COMPANY RELATION. FOR A PHYSICIAN'S CONDUCT BE ETHICALLY JUDGED ACCORDING TO THE HEALTH SYSTEM IMPOSED IN OUR COUNTRY, IT IS REQUIRED TO UPDATE LAW 23 OF 1981.

IN THIS WORK IT IS OUR PURPOSE TO DEVELOP SOME TOPICS OF A VITAL IMPORTANCE TO BE KNOWN BY THE PHYSICIAN, BECAUSE OF THE LEGAL IMPLICATIONS IN WHICH THE MEDICAL PRACTICE WITHOUT ITS KNOWLEDGE MAY RESULT, SUCH AS: THE MEDICAL HISTORY AS LEGAL PROOF OF DUE DILIGENCE AND CARE IN A PROFESSION WHICH, IN PRINCIPLE, WE WOULD SAY, IS OF MEANS AND NOT OF RESULTS.

CONSENT GIVEN BY A PATIENT OR A THIRD PERSON, AND ITS CHARACTERSTICS.

IT IS IMPORTANT TO ANALYSE THE DAMAGE CAUSED BY MEDICAL PRACTICE IF IT IS INTENDED TO REPROACH ANY CONDUCT OF A PHYSICIAN.

INTRODUCCIÓN

La medicina es tan antigua como la evolución de la humanidad, inicialmente ligada con la hechicería, con los poderes sobrenaturales, con los astros. Posteriormente con el desarrollillo de la humanidad ya se instauró como una de las ciencias científicas más importantes por tener en sus manos la vida humana. Los Estados se han desarrollado, las democracias se han consolidado dejando de ser el Estado un Dios omnipotente carente de responsabilidades; todo lo contrario hoy en día las normatividades vigentes respetan los Derechos de las personas.

En nuestro País se da un gran avance con la Constitución de 1.991, con la cual se eleva a derechos fundamentales la vida y la salud en conexidad con aquella. Por lo cual las Instituciones de salud y los médicos tienen un papel preponderante en el desarrollo de la humanidad; consecuentemente con la importancia de su ejercicio profesional están las responsabilidades que asume frente al ser humano enfermo, desprotegido.

En los años pasados la sociedad tan solo entablaba denuncias contra los médicos ante la jurisdicción penal o demandas ante la jurisdicción civil. Con el presente estudio se quiere conocer que tantas quejas se han entablado ante el Tribunal Seccional de Ética Medica, Órgano encargado de adelantar las investigaciones por supuestas violaciones a la Ley de Ética medica desde el año de 1.997, fecha de su creación.

De la misma forma se pretende resaltar la Línea Jurisprudencial que viene aplicando el Consejo de Estado con relación a la responsabilidad medica, el Consentimiento informado, la Perdida de Oportunidad, la aplicabilidad del Principio de la Confianza legitima.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 CONSIDERACIONES GENERALES

Mediante la ley 23 de 1981 se expidió en Colombia el Código de Ética donde se plantea para los médicos una serie de obligaciones éticas, basadas en las características especiales inherentes al ejercicio de la medicina, tales como: el ejercicio de la profesión una vez cumplidos los requisitos legales, el trato digno entre pacientes y familiares, la prestación de servicios en casos de emergencias, la remuneración por su trabajo, las intervenciones sin autorizaciones en casos de urgencia, los casos de realización de Junta médica, el derecho a buen nombre y su honra, el debido proceso y a la defensa, y lo pertinente a la propiedad intelectual de sus trabajos.

En una actividad donde está de por medio la vida misma de las personas, no podía ser más necesario y conveniente la regulación del control y disciplina para aquellas conductas que en un momento determinado se salgan o atenten a las estipulaciones del Código de Ética Médica.

Para ello se precisa adelantar un estudio de las principales causales establecidas dentro del régimen jurídico y el bloque de constitucionalidad, atentatorias de las normas éticas, y sus subsecuentes responsabilidades derivadas de tales conductas en el ejercicio de la profesión de médico.

Dentro del sistema de normas y consecuentes con el Estado Social de Derecho, en la profesión la medicina existen una variedad de disposiciones jurídicas desde el marco constitucional, otras de carácter legal como la reglamentación de la carrera de Medicina en General y de especialidades medicas en particular, el Código de Ética Médica y una serie de reglamentaciones provenientes de la Ley 100 de 1993, en lo atinente a la atención y manejo de los pacientes y sus enfermedades.

De otra parte, la sensibilidad social despertada por los casos de responsabilidad de los médicos, en el entorno de la familia de los pacientes, del gremio y de la comunidad en general, obligan al médico a actuar con una atención mayor que el páter familias y ser riguroso no solo por las acciones directas que pueda realizar, sino por la conducta de sus asistentes, colaboradores o auxiliares, por la responsabilidad del equipo de trabajo.

En los círculos ajenos a los galenos y la comunidad de salud, se mira con escepticismo el papel de los Tribunales Éticos de los médicos, lo cual no escapan a maledicencias y falsas interpretaciones, sobre todo por familiares de

pacientes, donde se critica por una falsa solidaridad de profesión o en el peor de los casos una impunidad ante las violaciones a la conducta médica, conocida en la frase popular de que entre los médicos “le echan tierra a los muertos”.

El presente trabajo, previa solicitud realizada al Tribunal de Ética Médica de Nariño, apunta a establecer cuáles son las causas más comunes referentes a la violación de la ética médica en el departamento de Nariño, considerados los diferentes Niveles de atención en salud, las EPS, ESE, IPS, Centros y Puestos de Salud, presentes en la mayoría de los municipios del departamento; lo cual nos permitirá, hacer una investigación estadística del número total de quejas presentadas en la década propuesta, los porcentajes por especialidades médicas, por violación a los protocolos de manejo hospitalarios, por municipios, por género, grupos etarios, tipos de daños causados, las clases de pretensiones y sus consecuencias jurídicas; todo lo cual nos permitirá proyectar la calidad de los profesionales, las conductas comunes a esa violación, los procesos y procedimientos adelantados dentro del Tribunal de Ética Médica de Nariño y el estado de la situación jurisdiccional preventiva y correctiva de las conductas de los médicos.

Sea la oportunidad de manifestar que es el primer trabajo sobre la materia tanto en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, como en todo el departamento de Nariño, sin que el mismo Tribunal de Ética Médica haya adelantado un estudio sobre la materia; además, tiene la motivación del autor de ser médico de profesión con una experiencia de 24 años en el ejercicio de la medicina, de los cuales 16 laboró con el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en calidad de Perito en Clínica y Tanatología Forense y haber recibido la formación jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño.

1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuales son las causas por las cuales se presentan quejas contra los médicos por violación a la ética médica en el departamento de Nariño, durante el periodo Abril de 1997 hasta Abril de 2007?

2. JUSTIFICACIÓN

Es importante destacar que en el departamento de Nariño no existen estudios acerca de las quejas que se suscitan por supuesta violación a la Ley 23 de 1.981 “Código de Ética Médica” y su Decreto Reglamentario 3380 de 1.981; razón por la cual es necesario adelantar una investigación tendiente a establecer las principales causas que motivan a las personas a interponer la queja ante el Tribunal de Ética Medica Seccional Nariño.

Una vez conocidas las principales variables que puedan ser de interés para el estudio se analizarán y se tratará de establecer las relaciones circunstanciales incidentes y luego se difundirán los resultados mediante conferencias al Honorable Cuerpo Médico y Órgano Jurisdiccional, con el fin de proporcionar una mejor información que facilite la adecuada e integral evaluación de los temas colocados a su consideración y la eventual adopción de las medidas que resulten pertinentes.

3. OBJETIVOS

3.1 OBJETIVO GENERAL

Identificar las principales causas de la incidencia de quejas contra los médicos por supuestas violaciones al Código de Ética Médica durante el período Abril 1997 – Abril 2007 en el departamento de Nariño, para recomendar acciones correctivas generales y facilitar la integración de las disciplinas médicas y jurídicas en la toma de decisiones.

3.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Definir las conductas establecidas en el Código de Ética Médica, constitutivas de falta contra la ética médica.
- Analizar los hechos y las circunstancias que se relacionen con las principales causas, que permitan determinar la influencia correlativa en la responsabilidad de los actores.
- Levantar una estadística de los casos totales resueltos por el Tribunal de Ética Médica, para hacer un análisis de las siguientes variables: Especialidades comprometidas, Entidad o instituciones comprometidas, las Violaciones más comunes a las normas, Afectación por género, Grupos Etarios, Tipos de daño causados, Clase de pretensiones, Consecuencias Jurídicas, Remisiones a otras Jurisdicciones y el tipo de decisiones tomadas por el Tribunal de Ética Médica.
- Dar a conocer a la comunidad (médicos y órgano jurisdiccional) los resultados obtenidos en la investigación, para que sirvan como herramienta en la toma de decisiones.
- Formular recomendaciones que permitan la integración de las disciplinas médico – jurídicas y administrativas, facilitando la economía procesal y la mayor sustentación en los procesos.

4. MARCO TEÓRICO

4.1 LA PROFESIÓN DE MÉDICO Y LA ÉTICA

4.1.1 Breve reseña Histórica de la evolución de la medicina en Colombia.

Desde el momento mismo en que aparecen las sociedades, los hombres han tenido que enfrentarse al dolor y a la muerte y es por eso que la medicina va a la par con la historia, la cual con la llegada de los conquistadores se mezcló con la que ellos traían. El núcleo originario de la Medicina Científica se dio en Grecia, durante los Siglos V y IV a.c., cuando le aplican al estudio de la Salud, el método hipocrático, evoluciona a través de la civilización occidental, transformándose en cada una de sus etapas, hasta llegar al siglo XIX, la cual llega por medio de JOSE CELESTINO MUTIZ, logrando un desarrollo continuo, velando por la supervivencia de los individuos, salvaguardando la sociedad, a pesar de afrontar la problemática de Salud día a día.

4.1.2 Aproximación Histórica Al Origen y Transcurso de la Ética. De acuerdo con la tradición, se atribuye al filósofo griego Sócrates (siglo IV a.c.) la paternidad del discurso sobre el comportamiento moral o Ética. En varios diálogos platónicos, el discípulo lo convierte en interlocutor de discusiones acerca del obrar humano, de lo que está bien o mal y acerca de la felicidad. La misma apología a Sócrates, escrita por Platón, termina siendo un testimonio de coherencia de vida, en el cual el “Moscardón de Atenas” lleva hasta sus últimas consecuencias la relación entre ortodoxia y ortopraxis, entre ciudadano y ciudad estado.

Siguiendo el curso de la historia encontramos al gran filósofo Aristóteles, quien escribirá la Magna Ética y la Ética a Nicómaco, obras en las cuales se establecerá un serio estudio acerca de las condiciones humanas para alcanzar la felicidad y el camino de las virtudes como aquel que se debe proponer todo ciudadano que desee conseguirla.

La preocupación por la felicidad y el comportamiento moral como el transcurso hacia la misma, propiciarán el nacimiento, entre los siglos IV a III a.c., de varias escuelas morales como el Epicureismo (la felicidad está en el placer, especialmente los más elevados o intelectuales); el Estoicismo (el hombre se debe adaptar a las condiciones de la naturaleza, obedeciéndola, sin dejarse perturbar) y el Neoplatonismo (tendencia mística del hombre a sumergirse en la Divinidad como máxima expresión de felicidad y perfección). Es indudable la influencia que estas tres corrientes tendrán en el mundo occidental y especialmente en el imperio romano.

La época medieval contará con la reflexión cristiana elaborada por figuras como San Agustín y Santo Tomás, quienes asumirán posturas platónicas y aristotélicas respectivamente. El influjo de la propuesta moral cristiana y las lecturas que alrededor de la misma elaborarán en la patrística y la escolástica demostrarán la preocupación de occidente por su felicidad en términos de salvación escatológica brindada por Dios a quienes logren una vida a imagen de la de Jesús. Lamentablemente se levantarán ideologías como monumentos de intolerancia religiosa que opacarán las pretensiones universalizantes de la primera Iglesia.

Con la modernidad el discurso ético será objeto de la crítica de la razón, desde filósofos tan importantes como Descartes quien saca de su método unas reglas de moral que pretenden la obediencia a las leyes y costumbres del propio país, además de afirmar que se debe ser resuelto en las propias determinaciones y procurar ser dueño de sí mismo, pasando por el aporte de Emmanuel Kant para quien se debe obrar de manera que el criterio de acción o máxima de la voluntad pueda valer como principio de legislación universal.

Mención especial, dentro de este rápido recorrido, merece el planteamiento utilitarista del siglo XVIII, al afirmar que la felicidad se consigue buscando el placer y rechazando al dolor. Jeremías Bentham y John Stuart Mill, se constituirán en los responsables doctrinarios de la moral capitalista al pretender una maximización de la felicidad por vías de la extensión del placer para el mayor número de hombres: la conducta debe regirse sólo por el interés. Así, toda la sabiduría moral se convierte en un frío cálculo de intereses.

Establecido el sistema de producción capitalista, el cual es justificado incluso por la religión católica de Roma, se levantará un criterio moral desde la reflexión de Karl Marx, para quien una religión que enseñe resignación ante la adversidad de las condiciones estructurales de injusticia es un opio adormecedor de las conciencias, el cual debe ser rechazado. Es necesario construir una moral atea en la cual sea bueno quien propicie la revolución que instaurará un nuevo orden sin clases sociales y malo quien se oponga a tal necesidad histórica.

Finalizando el siglo XIX y ante el influjo de corrientes ateas, se levantará el planteamiento nihilista de Federico Nietzsche, para quien la moral es un invento religioso. El verdadero hombre debe levantarse sobre el criterio de actuar sin tener en cuenta ningún criterio más que su propia voluntad de poder; son sus propias aspiraciones y fines las que le determinarán el camino a seguir, conseguir constituirse en superhombre, sirviendo a sus propios fines y sin justificar nada a nadie.

Posteriormente se profundizará una reflexión en torno a los valores, centrándose más que en la forma de la moralidad, en su contenido; siendo caracterizada esta ética axiológica por filósofos como Max Scheler y Nicolai Hartmann, entre otros. Ya en la actualidad, frente a los fenómenos de la postmodernidad, superadas las

posibilidades de globalizar éticas máximas como las religiosas, surge la propuesta de una ética comunicativa en la cual se procure encontrar los mínimos de convivencia a partir del diálogo y la comunicación, del consenso y la capacidad de lograr acuerdos que superen la racionalidad estratégica, colocándose el énfasis en el procedimiento para llegar entre todos a una normativa moral universal.

Tal vez sea muy optimista plantear como conclusión una propuesta ética nacida en los años sesenta en y para nuestra América Latina; elaborada desde la filosofía de la liberación, la cual hunde sus raíces en las reflexiones de los europeos Manuel Levinás y Manuel Mounier, entre otros, profundizando en las agudas crisis de orden económico y social vividas desde la conquista y colonización europea de nuestra América y que no fue superada por los fenómenos de independencia sino que ha agudizado y perpetuado una situación de estructura moral injusta disfrazada con ropajes de democracia pero que frente a otras propuestas políticas ha mostrado su rostro de militarismo y doctrina de seguridad nacional que refleja los intereses de quienes están detrás de este desequilibrio mundial: las naciones desarrolladas con los Estados Unidos a la cabeza. Frente a un mundo visto desde la totalidad y la mismidad, sin una perspectiva diferente a la de ser como ellos pero sin los beneficios y comodidades que poseen, porque para obtenerlas es necesario el desequilibrio y la dependencia en que vivimos en todos los países latinoamericanos, se levanta una ética de la alteridad, fundamentada en la búsqueda de condiciones de posibilidad, de vida digna para todos, de construcción de una identidad nacional en el respeto a la diversidad en todos los órdenes.

Esta propuesta busca que el reconocimiento del otro en cuanto distinto a mí, se eleve a criterio moral presente en todos los ámbitos propios de la vida humana. Sólo así se logrará una auténtica liberación de las condiciones e instituciones que han esclavizado a nuestros pueblos, convirtiéndolos en protagonistas de su propia historia, definiendo las rutas de la felicidad, más allá de los modelos actuales plagados de individualismo egoísta y de hedonismo materialista.

4.1.3 Requisitos para el ejercicio profesional. La ley 23 de 1981 y su Decreto Reglamentario 3380 de 1981 los estipulan en los siguientes artículos:

ARTICULO 46. Para ejercer la profesión de médico se requiere:

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

PARAGRAFO. El Ministerio de Salud expedirá a cada médico un carné o tarjeta profesional que acredite su calidad de tal y enviará mensualmente a la Federación Médica Colombiana una relación completa de los profesionales registrados, identificándolos con el número correspondiente a su tarjeta profesional.

Concordante con el Decreto 3380/81. Art. 27. El Ministerio de Salud expedirá a cada médico una tarjeta profesional que acredite su calidad de tal y que lo autoriza para el ejercicio legal de la profesión en todo el territorio de la República de Colombia

PARAGRAFO. El Ministerio de Salud buscará los medios necesarios para expedir las tarjetas a que se refiere este artículo antes del 31 de diciembre de 1982.

NOTA. La Resolución No. 12042 del 1º de septiembre de 1989 del Ministerio de Salud, adopta el nuevo sistema de inscripción de los profesionales médicos ante los Servicios Seccionales de Salud.

ARTICULO 48. El médico egresado de la universidad extranjera que aspire a ejercer la profesión en el país, revalidará su título de conformidad con la ley.

La ley 30 de 1992 reglamenta la creación de la Educación Superior en Colombia. El Decreto 1875 de 1994 obliga al registro de los Títulos obtenidos en las áreas de la Salud; mismo que fue modificado parcialmente por el Decreto 1352 de 2000. La Ley 1184 de 2007 prorroga el plazo hasta el año 2010, para el registro de los títulos en las áreas de la Salud.

4.1.4 El papel del médico en la sociedad. La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar la salud del hombre y propender por la prevención de 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 a 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 inherentes¹.

En la convención de Ginebra de la Asociación Médica Mundial fue aprobado el Juramento Médico, que en su último párrafo dice: velar con sumo interés y respeto la vida humana, desde el momento de la concepción y, aun bajo amenaza, no emplear conocimientos médicos para contravenir las leyes humanas. Sin embargo, en el ejercicio de la medicina se pueden lesionar bienes jurídicos individuales protegidos por la ley.

Los médicos, por ministerio de la ley, tienen a su cargo la protección de la vida e integridad personal (posición de garantes) de cualquier ciudadano que solicite sus servicios; solamente podrán excusarse en los casos expresamente señalados en el Código de Ética (Vg. Cuando el caso no corresponda a su especialidad; cuando el paciente reciba la atención de otro profesional que excluya la suya o cuando el

¹ CONGRESO NACIONAL DE COLOMBIA. Ley 23 de 1981, Código de Ética Médica, Artículo 1, Parágrafo 1.

enfermo rehúse cumplir las indicaciones prescritas); no pueden excusarse en situaciones de urgencias.

La profesión de médico exige un proceso de formación exigente en lo moral, científico y humano; con sobrada razón los doctrinantes, Fernando Guzmán Mora y Eduardo Franco Delgadillo concluyen que en el ejercicio de la profesión de médico las tres metas más importantes de la medicina son: “Curar la enfermedad, aliviar el dolor y readaptar al individuo” y más adelante en el mismo texto establecen que las características esenciales que debe poseer el médico son: “Amor por el enfermo, bondad por el ser humano, conocimiento científico y respeto por la persona”; elementos que constituyen el fundamento teórico del ejercicio de la profesión y que cualquier violación se ve abocado a la intervención del Tribunal de Ética Médica.

4.1.5 La medicina General y las Especialidades. Con el desarrollo de la ciencia y la tecnología se ha conseguido que el personal médico sea más preparado en cada una de sus ramas, consiguiendo una mayor capacitación en cada una de sus especialidades; con lo cual se ha conseguido que los pacientes cada vez atendidos por un médico con mayores conocimientos, lo cual va incidir en que sea mejor los servicios que se le brindan; pero consecuentemente estos conocimientos nos van a delimitar las responsabilidades que asume cada uno de los médicos, ya que las especialidades van de la mano con la competencia, con la pericia que asume cada uno de los profesionales.

El médico general tiene su campo de acción así como lo tiene cada uno de los especialistas en las diferentes ramas; pero ante un determinado caso en un área rural, no es la misma responsabilidad que se le exige al médico general que atiende un parto, como la que se le exige al médico general de un Centro especializado, por cuanto el deber de cuidado es diferente; las obligaciones son diferentes. En este último caso, la obligación es solicitar interconsulta médica o la remisión. Para el médico general del área rural es brindarle los cuidados de acuerdo con los recursos disponibles.

4.2 ESTRUCTURA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD COLOMBIANO

4.2.1 Roles y Responsabilidades. Mientras que el anterior Sistema Nacional de Salud (1975-1993) se esforzó en buscar su eficacia por vía de la integración funcional de actividades e instituciones, creando dependencias y entidades multifuncionales, la Ley 100 pretende separar funciones, introducir competencia regulada y fomentar la especialización institucional como mecanismos para obtener eficiencia y eficacia.

La Ley 100 busca separar los roles de dirección (regulación), aseguramiento y prestación de los servicios de salud. Las funciones de dirección y regulación del sistema están asignadas, a nivel nacional, al Ministerio de Salud y al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS). A nivel territorial, las deben asumir las respectivas autoridades departamentales, distritales y municipales, incluyendo los Consejos Territoriales de Seguridad Social en Salud. Son estas entidades (y no el mercado libre) las que definen las variables más importantes en el desarrollo del sistema de aseguramiento. El aseguramiento en salud, entendido como las funciones de manejo del riesgo en salud y de la administración de la prestación de los servicios de salud, queda en manos de las Entidades Promotoras de Salud (EPS) para el Régimen Contributivo y de las Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS), en el régimen del mismo nombre. Estos aseguradores, de naturaleza pública, privada o comunitaria (tal es el caso de las Empresas Solidarias de Salud (ESS) que operan como (ARS), deben, a cambio de un pago capitado por afiliado (la Unidad de Pago por Capitación (UPC) que obra como una prima de un seguro), garantizar la prestación completa del plan de beneficios ordenado por la Ley.

Esta UPC cuenta con un ajuste por riesgo; específicamente, reconoce un mayor valor para afiliados menores de 5 años, mujeres en edad fértil, ancianos y poblaciones ubicadas en zonas rurales alejadas. Para garantizar la prestación de los servicios ordenados por la Ley, los aseguradores deben constituir redes suficientes de prestadores de servicios, propias o externas, con las cuales contratar la atención integral de sus afiliados.

La prestación de los servicios sigue siendo la razón de ser de los hospitales públicos, clínicas privadas y demás oferentes, ahora llamados Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) y contratados por las EPS y ARS. Con esto se da continuidad al cambio iniciado con la Ley 10 de 1990, al separar las funciones de dirección de aquellas de prestación, otorgando autonomía administrativa a los hospitales y liberando al Ministerio de Salud y a las Direcciones Locales y Seccionales de Salud de funciones administrativas propias de los hospitales Planes de Beneficios.

El nuevo sistema de salud plantea un plan único de beneficios para todos los colombianos, denominado Plan Obligatorio de Salud (POS). Dicho plan tuvo en cuenta el cruce de características de la carga de la enfermedad en el país, con análisis de costos y efectividad de las intervenciones disponibles.

El POS comprende servicios, procedimientos e insumos (incluyendo medicamentos) en todas las fases de la relación salud - enfermedad (promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación) y en todos los Capítulos y niveles de complejidad. Su contenido, tanto a nivel de procedimientos y servicios como de medicamentos, debe ser revisado y ajustado periódicamente por el CNSSS. Al hacerlo, el CNSSS también debe analizar la suficiencia de la UPC que se

reconoce a las EPS por afiliado, de forma tal que se logre un equilibrio entre prima y póliza en el seguro.

A diferencia de lo que ocurre con los planes privados de salud, para el POS no se permite aplicar el concepto de preexistencias, que impida la atención de determinadas patologías entre los usuarios. No obstante, si existen los llamados periodos de carencia, que consisten básicamente en semanas mínimas de cotización al Sistema exigidas previo a poder demandar determinados servicios. Para éstas, el máximo está en 100 semanas.

Las EPS y ARS deben ofrecer un POS que incluya servicios asistenciales en condiciones básicas de calidad y suficiencia tecnológica y hotelera, determinadas por los organismos rectores del Sistema. La Ley colombiana entendió el POS como un cubrimiento básico, mínimo, universal y obligatorio. Por ello permitió su coexistencia con planes complementarios y de seguros prepagados para aquellos colombianos que, de manera voluntaria, quieran y puedan comprar beneficios y comodidades adicionales.

Adicional al POS, la Ley también determinó la existencia de un Plan de Atención Básica (PAB), en el cual se incluyen todas las intervenciones de interés para la salud pública; por ejemplo, los programas de inmunizaciones, las actividades de saneamiento ambiental, el control de vectores y otras. La ejecución del PAB es responsabilidad del Gobierno, en cabeza del Ministerio de Salud y del CNSSS, quienes deben ordenar todo lo referente a su definición y desarrollo, y de los Gobiernos Departamentales y Municipales en lo referente a su implementación.

Por último, la Ley crea una cuenta especial para el manejo de los recursos destinados a cubrir los costos de salud ocasionados por las catástrofes naturales y sociales que afectan a muchas personas, así como para la atención derivada de los accidentes de tránsito (para lo cual existe un seguro obligatorio en el país – SOAT-). Adicionalmente, obliga a las EPS a tomar un reaseguro para cubrir las enfermedades ruinosas o catastróficas (ERC) que son aquellas patologías de baja ocurrencia individual pero de alto costo unitario. Con estas medidas, y con el ajuste por riesgo en la UPC, busca evitar la selección adversa y garantizar una adecuada financiación de las intervenciones que requieren de alta tecnología.

4.2.2 Transiciones. Al reconocer importantes limitaciones de tipo financiero e institucional, Colombia se comprometió en un proceso de cambio gradual hacia el nuevo modelo. En particular, tres transiciones estrechamente relacionadas entre sí fueron planteadas desde el comienzo de la Reforma:

4.2.2.1 Transición en la Cobertura del Aseguramiento. Inflexibilidades y limitaciones financieras hacían imposible que la totalidad de los colombianos ingresara de manera inmediata a un esquema de aseguramiento individual. Mientras que aquellos colombianos con capacidad de pago podían incorporarse rápidamente al Sistema (aunque se esperaba un porcentaje de evasión), quienes carecían de capacidad de pago tendrían que irse incorporando en la medida en que llegasen recursos suficientes para pagar por ellos. Entre tanto, seguirían por fuera del aseguramiento, recurriendo a servicios de salud de la manera tradicional: a través de la red asistencial pública o mediante el sector privado.

4.2.2.2 Transición en los Subsidios de Oferta a Demanda. Para garantizar una mayor cobertura en el aseguramiento para los colombianos más pobres, los recursos históricamente atados en la forma de subsidios a la oferta hospitalaria pública debían reducirse, convirtiéndose en subsidios a la demanda; es decir, en pagos por capitación (UPC) que aseguraran a los más pobres. Así, el esfuerzo en el gasto público iría cambiando su énfasis: en lugar de financiar instituciones a la espera de pacientes, compraría seguros de salud que irían de la mano de los eventuales pacientes. En este nuevo escenario, los hospitales públicos tendrían necesariamente que vender servicios de salud a los aseguradores de esta población ya cubierta.

4.2.2.3 Transición en el Plan de Beneficios. En tercer lugar, la limitación de recursos al inicio del Sistema y el deseo de llegar con el aseguramiento a más colombianos obligaron al Estado a recortar el plan de beneficios para los afiliados más pobres (integrantes del llamado Régimen Subsidiado). Este plan de beneficios reducido, conocido como el POS subsidiado (POS-S) incluyó inicialmente cerca del 50% de las intervenciones del POS contributivo, haciendo énfasis en los servicios y procedimientos de atención básica y de alto costo, así como en las necesidades del grupo materno - infantil. Se espera que con la incorporación de más colombianos cotizando al Sistema y con el crecimiento en otras fuentes de recursos, el POS-S se igualara en contenidos al POS original, conformando un único plan obligatorio de beneficios en Colombia.

De culminar con éxito las tres transiciones descritas, el resultado final sería el esperado por la Reforma: la totalidad de los colombianos, independiente de su capacidad de pago, cubiertos por un seguro de salud que les da un mismo derecho a un plan único de beneficios.

4.2.3 Funcionamiento del Sistema. Hoy la actividad directa con el médico es mínima, hoy hay una relación paciente aseguradora – prestadora del servicio. Partimos de la ley 100 más 1400 decretos reglamentarios aproximadamente. Hoy no hablamos de seguridad social, sino de protección social, que no solo es salud,

sino lo que se tiene que hacer alrededor para que la población sea sana y para que no se llegue a conflictos, habla de la recreación, ancianos, seguro de desempleo.

- Sistema de Seguridad Social en Salud: establece la aparición de dos regímenes y un sistema.
- Régimen Contributivo: se creó para la población con capacidad de pago (trabajadores que cotizan por cuenta propia y ajena: independientes, contratistas y empleados).
- Subsidios de la salud: se crean para la población pobre y vulnerable del país. Los que no tienen para el médico. Hay dos tipos de subsidio:
- Subsidio a la demanda: es lo que hoy se llama régimen subsidiado. No es SISBEN, este es una encuesta que deben hacer los alcaldes a todas las personas para clasificar a los más pobres. La encuesta se hace en la residencia de la persona. La realidad es totalmente diferente.
- Subsidio a la oferta: son servicios especiales para cubrir lo que no cubre el régimen subsidiado. Por ejemplo, lo que no cubra el POS lo cubre el subsidio de la oferta, no es FOSIGA como lo dicen los jueces de tutela. Deben ser servicios que requiera el paciente en forma vital.

4.2.3.1 Régimen Contributivo. En el régimen contributivo no hay preexistencias, pero si hay periodos mínimos de carencia. Preexistencia son las enfermedades que se tenían antes de vincularse al sistema. Los periodos mínimos de carencia son semanas de afiliación para obtener ciertos procedimientos. En los PAS (planes adicionales de salud: medicina prepagadas, pólizas de seguros de salud y los PACS) si hay preexistencia.

Por ejemplo para procedimientos de tipo electivo (elegir la fecha de intervención) se piden 52 semanas de afiliación.

Algunos procedimientos de Alto Costo (cáncer, corazón) requieren 100 semanas de carencia. La gente cuando le dicen que hay una enfermedad de alto costo se afilia enseguida y al día siguiente tutelan.

La norma dice que las personas que requieran un servicio y no cuente con las semanas mínimas de cotización y carezca de capacidad económica para asumir los costos, podrá brindársele la atención con cargo al subsidio a la oferta.

Si una persona tiene cáncer y lleva 60 semanas cotizadas, la institución saca dos facturas una con cargo a la EPS por el (60%) del valor y el 40% le cobra al usuario; si este no tiene lo cubre el subsidio a la oferta.

El subsidio a la oferta cubre a los pobres que no tienen régimen subsidiado y que no está en el subsidio a la demanda, o lo que no esté contemplado en el POS; o a las personas que no tienen las semanas mínimas de afiliación

MAPIPOS (Manual de procedimientos y actividades de intervención: Res. 5261/94): norma fundamental de deberes y derechos en seguridad social.

En Colombia se trajo un modelo de seguro a la seguridad social. En un contrato de seguro hay aseguradora, un plan de beneficio y un costo, por ejemplo el SOAT. Esta estructura es traída a Colombia.

En el régimen contributivo la aseguradora es la EPS, sus funciones es ser aseguradora y administradora de los dineros del régimen contributivo. El plan de beneficios se divide en beneficios asistenciales: El POS, medicamentos² y acciones de promoción y prevención. (los reciben los cotizantes y los beneficiarios) y beneficios económicos que son: pago de incapacidades temporales, la licencia de maternidad D. 047-2000 y 1804 de 1994 (debe tener mínimo 40 semanas de afiliada al régimen y deben pagar a tiempo, sino se lo niegan y la licencia la debe pagar el empleador) y el tercer beneficio es la licencia de paternidad, aquí debe registrarse al niño dentro de los 30 días siguientes al parto y llevarlo a la EPS y tener 100 semanas cotizadas. (Solo se le reconoce a los cotizantes).

Estos beneficios tienen un costo:

La licencia de maternidad y paternidad las paga la EPS y las cobran al FOSIGA. Cuando son trabajadores dependientes las paga el empleador, que lo cobra a la EPS y ésta lo cobra al FOSIGA.

La incapacidad temporal la paga la EPS.

Beneficios asistenciales: UPC lo que el estado le reconoce a las EPS por intermedio del FOSIGA por cada uno de los afiliados. La UPC cada año lo determina el CNSSS. En el régimen contributivo se da dos UPC una que cubre el POS y los medicamentos y el otro que se utiliza para las acciones de promoción y prevención. La UPC sale de la cotización. Si no alcanza de lo que cotiza, el FOSIGA se lo paga a la EPS lo que falte para dar los servicios.

²MINISTERIO DE SALUD. Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. MMT: Manual de Medicamento y Terapéutica.

Hay una UPC para la prevención y promoción es genérica.

Las EPS cobran cuotas moderadoras y copagos y junto con las UPC son todos los costos de los beneficios asistenciales. Los copagos se pagan por hospitalización y cirugía de bajo costo, las terapias, la obturación, la endo y exodoncia y la endoscopia.

Los beneficios asistenciales se prestan a través de PSS (prestadores de servicios de salud). Los prestadores pueden ser:

- Personas naturales
- Personas jurídicas (IPS): públicas (ESE: empresas sociales del Estado) y privadas. El decreto 536 de 2004 permite que la ESE se entregue a un outsourcing, sigue siendo ESE.
- La EPS y la PSS pueden ser la misma empresa (integración vertical). Ojo: la Superintendencia de Salud no otorga personería jurídica, la representación legal la da ejemplo: cámara de comercio si es sociedad, súper financiera si es aseguradora, etc. La IPS también puede ser contratada por prestación de servicio.

4.2.3.2 Régimen Subsidiado. También hay unas aseguradoras, llamadas ARS que cumplen las dos funciones del contributivo. Hay tres tipos de ARS: ESS (empresas solidarias de salud), CCF (cajas de compensación familiar) y las EPS (empresas promotoras de salud). Decreto 2357 de 1995 y 1804 de 1999.

Las ARS tienen planes de beneficios (es solo asistencial):

POS-S (es más pequeño que el POS contributivo)

MEDICAMENTOS

ACCIONES DE PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN (Art. 46 ley 715 de 2001, las AP y P se las dieron a los alcaldes, menos a las ARS indígenas.)

A partir de 2007 les quitaron las A P y P a los alcaldes y se los vuelven a dar a las ARS.

- **Costos:** UPC-S, el que reconoce la UPC es el valor que reconoce el alcalde a las ARS por cada uno de sus afiliados. Si la ARS no carnetiza a los afiliados, el alcalde no le paga las UPC-S.

Aquí solo hay una UPC en donde están incluidos: POS, medicamentos y A.P. y P.

4.2.3.3 Subsidio a la Oferta. No es un régimen ni seguro, es un subsidio destinado a suministrar servicios. El responsable es el Departamento, que cumple la misión de administrar los recursos del régimen subsidiado. Los recursos se llaman subsidios a la oferta.

Plan de Beneficios:

- Cubre no POS
- Periodo mínimo de carencia
- Cubre no POS-S
- Los pobres más pobres
- No define la norma que cubre. Hay quienes dicen que es mejor ser pobre en subsidio a la oferta que del contributivo.

El costo sale del S.G.P. (sistema general de participaciones) y de las rentas cedidas (impuesto que debería cobrar la nación y se la cede al departamento, los impuestos a los cigarrillos, licores y cerveza.) También tienen rentas propias.

En el régimen subsidiado, además se cobra un copago, excepto a los indígenas, a los abandonados y a los indigentes. Solo se le cobra copago a los mismos beneficios del régimen contributivo. En el régimen subsidiado no se cobra cuota moderadora.

Al pobre vulnerable, no se le cobra ni copago ni cuota moderadora, se le cobre únicamente una *cuota de recuperación* D. 2357 de 1995, Art. 18.

El subsidio de la oferta solo se le aplica a los de nivel 1, 2 o 3 del SISBEN. Los demás están obligados a estar en el régimen contributivo y si no les cubre el POS, le toca afiliarse a un PAS (plan adicional de salud).

No solo se utiliza el SISBEN, se utiliza también el LISTADO CENSAL porque a veces los niveles del SISBEN no le permitían acceder a los subsidios. Ejemplo: cuando aplicaron el SISBEN a unos viejitos en un ancianato, quedaron en nivel 5 y por ende sin subsidio. (Res. 219 de 1998 y la 2423 de 2000).

4.2.3.4 Las ARS y los Departamentos. ¿Cómo garantizan los beneficios? La ARS necesitan unos PSS, que pueden ser propias de la ARS o contratadas. (Ley 812 de 2003).

El departamento, al igual que las anteriores solo pueden prestar los servicios con PSS, pero prima que el departamento contrate estos servicios. No hay integración vertical. El prestador de servicio tiene que ser de la red pública. Los contratos se rigen por ley 80 y es contratación directa.

La ley 60 de 1993 y la ley 10 de 1990 dijeron que le entregaban competencias en salud también a los municipios dependiendo de los niveles de complejidad, decía la norma que los municipios que se descentralicen le daban el nivel 1.

La ley 715 de 2001 dijo que todo el subsidio de la oferta lo asume el departamento, pero los alcaldes protestaron y colgaron un mico que dice *excepto de los municipios descentralizados a 31 de julio de 2001*.³ Los niveles institucionales desaparecieron y se crearon los servicios de baja, mediana y alta complejidad. En subsidio de la oferta el de baja, lo maneja el municipio descentralizado a 31 de julio de 2001. El D. 027 de 2003 y 3003 de 2005 establecieron requisitos que debe cumplir los municipios para mantener la descentralización, si no, puede el departamento revocar la descentralización y asumirá la baja complejidad.

4.2.4 Responsabilidad. Para hablar de responsabilidad hay que hablar de roles del sistema de seguridad social:

- Sistema General de Seguridad Social en Salud: se asesora del CNSSS y El ministerio de la protección social.

Hay un STESS (sistema territorial de seguridad social en salud)

Ambos tienen potestad de reglamentación

Hay un CTSS (consejo territorial de seguridad social en salud)

Hay una Dirección Local de Salud (municipios) y Dirección Seccional de Salud (departamentos).

Lo que no se pueda resolver por el departamento, sube a la Superintendencia Nacional de Salud. Uno debería acudir a esto antes de la tutela.

Las contralorías, defensorías, procuradurías y fiscalía forman la red de controladores y deben actuar de mano con las D.L.S. y D.S.S. Igual a nivel nacional junto con la Superintendencia Nacional de Salud. Hoy en día falla la red de controladores.

- En aseguramiento y administración están las EPS y ARS, que deben hoy estar habilitadas por la Superintendencia Nacional de Salud y los departamentos y municipios que están por ley habilitadas. Las EPS y ARS deben estar autorizadas por el Ministerio de Protección Social para operar en las regiones.
- 3. Los PSS hoy deben estar habilitados: D. 2309 de 2002, resol 4445 de 1996, 1439 de 2002, 486 y 1891 de 2003 y la circular externa 015 de 2003 del

³ Fecha muy posterior a la entrada en vigencia la ley.

Ministerio de la Protección Social. La Dirección Distrital o Seccional de Salud de cada departamento es quien habilita a los prestadores.

4.2.4.1 ¿En materia de salud quien es responsable de los usuarios? En el régimen contributivo: Las EPS. En el contrato de afiliación se obligan. Nace una responsabilidad de cubrir los servicios de salud y al usuario de proteger su salud y culminar con su tratamiento.

Hoy en Colombia el responsable es el profesional de la salud, porque la EPS la traslada por el contrato de prestación a la IPS y la IPS la traslada al médico.

Esto ha causado una proliferación de pólizas de responsabilidad del profesional de salud. Hoy la medicina es defensiva, el médico le hace entregar al paciente muchos datos.

La EPS responde por:

Oportunidad del servicio (que tenga sus IPS o IPS contratadas)

Garantía del servicio (si me mandan a una IPS no habilitada, responde la EPS)

Eficiencia en el servicio (las EPS tienen que hacer control al servicio que contratan. Verificar que no dejen a un pasillo en una camilla a un paciente. Si ya está saturada la IPS hay que buscar una red de servicio alterna. Aquí responden solidariamente la IPS y la EPS.

El riesgo de las consecuencias del acto médico, recaerán en principio según el contrato celebrado entre paciente, EPS y la IPS, pero hoy esta respondiendo directamente el profesional de la salud, por la aplicación de la figura del Llamamiento en Garantía que realiza la Institución demandada.

El sistema de Seguridad Social en Salud en Colombia es bueno, pero decae por la falta de vigilancia y control por parte de la Superintendencia Nacional de Salud y por falta de la atención primaria de salud (Prevención y promoción).

Los recursos de la salud son inembargables (circular 18 de la procuraduría de 2005).

En materia de tutelas de salud hoy el 87% de las tutelas son por negación del POS y lo más grave es que los jueces se los cobran al FOSIGA.

La responsabilidad va hasta el acto médico y sus consecuencias. El problema fue que empezó el desmonte de la responsabilidad a través de los contratos de prestación de servicios.

Los contratos para atender a los pacientes los tienen la EPS con las IPS, pero el contacto directo del usuario no es con la EPS y muchas veces tampoco es con la IPS sino con el médico contratado por la IPS.

La primera responsabilidad que surge como consecuencia de esta relación es la *administrativa*: las sanciones que le puede imponer el gobierno a través de la Superintendencia Nacional de Salud: lo pueden sancionar por la garantía de la calidad de servicio (lo atendió, no lo atendió, paseo de la muerte, la calidad del profesional). Dentro de la responsabilidad administrativa está la habilitación del prestador que la da el departamento. No solo se requiere la tarjeta profesional. Si no está habilitado no puede ejercer.

Estas dos entidades pueden emprender investigaciones contra los prestadores de salud. Las sanciones que pueden aplicar van desde amonestación, multas, cierre temporal o definitivo de los servicios o suspensión de los servicios y compulsar copias a autoridades penales, financieras y disciplinarias.

La segunda responsabilidad es la *penal*: tiene que ver con las lesiones personales y por el homicidio. El inconveniente es que no hay tratamiento diferente que del homicida. Se mira si el médico actuó o no dentro de la *lex artis*. El que se sale del protocolo de manejo debe explicar por que lo hizo. Para este evento y la responsabilidad administrativa se ha recomendado el buen manejo de las historias clínicas. Res. 1995 de 1999.

Las Historia Clínica se han convertido en la tabla de salvación de los médicos, por cuanto no debemos olvidarnos que en principio la responsabilidad es de medios y no de resultados; se les recomienda a los médicos la compra de la póliza de responsabilidad civil; por cuanto las demandas en salud son millonarias por el aspecto de la Reparación Integral. En Colombia se ha disparado la compra de dichas pólizas.

La tercera responsabilidad es la *ética*: al profesional le pueden elevar quejas ante los Tribunales de Ética Médica, por incumplimiento a sus deberes.

La cuarta responsabilidad es la *disciplinaria*: cuyos procesos los adelantan las Instituciones, Órganos de control que lo pueden llegar a inhabilitar como servidor público hasta por un periodo de 10 años.

La Quinta responsabilidad es la *civil*: los médicos debe estar a la defensiva, mandar exámenes que incluso no están en el POS y pedir la mayor información de la patología.

Regímenes excepcionales: Magisterio, Policía, ECOPEPETROL, universidades públicas, no se les aplica ley 100, pero la responsabilidad médica es igual.

D. 1703 obliga además a afiliación a los médicos a salud y pensión sobre el 40% del total del contrato. La afiliación a ARP es voluntaria, pero las IPS les exigen a los médicos la ARP.

La afiliación a cooperativas asociadas de trabajo no les sirve para trabajar con una IPS.

5. MARCO JURÍDICO DE LA MEDICINA

5.1 PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA LEY 100 DE 1993

Los siguientes son los principios fundamentales de la Ley 100 de 1993, que recogen e interpretan los mandatos de la Constitución Política de 1991.

- Universalidad, entendida como la cobertura de todos los colombianos en el aseguramiento para un plan único de beneficios (equidad).
- Integralidad, definida como la protección suficiente y completa de las necesidades individuales (promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación) y de interés colectivo en salud.
- Descentralización y Participación, dados por una mayor responsabilidad de los niveles local y territorial sobre la dirección y financiación de los servicios de salud.
- Concertación, entendida como la necesidad de alcanzar un equilibrio sostenible entre los distintos actores (aseguradores, prestadores, usuarios y reguladores).
- Obligatoriedad, en el sentido de que ningún colombiano puede renunciar a participar en el sistema de aseguramiento y solidaridad.
- Solidaridad, entendida como el subsidio desde las poblaciones con mayor capacidad de pago y más sanas, hacia aquellas más pobres y vulnerables.
- Libre escogencia por parte de los ciudadanos, tanto para entidades aseguradoras como prestadoras de servicios de salud.
- Gradualidad, en reconocimiento a la imposibilidad de poner en pleno funcionamiento y de manera inmediata todos los mecanismos del nuevo sistema.
- Eficiencia y Calidad, esperados como resultado final de una dinámica de competencia regulada.

5.2 LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS

5.2.1 Elementos de existencia y Validez de los Contratos en General. “Para que pueda predicarse la existencia y validez de los contratos, necesario es la concurrencia de varios elementos considerados como esenciales. En consecuencia, para que las personas puedan obligarse para con otras por un contrato o declaración de voluntad, son necesarios cuatro requisitos: **1.-** Que sea legalmente capaz. **2.-** Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. **3.-** Que recaiga sobre un objeto lícito. **4.-** Que tenga una causa lícita”⁴.

La capacidad es entendida como la aptitud que tienen las personas para contraer obligaciones y adquirir derechos por sí mismas.

La ley presume que “toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces”⁵.

“Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución”⁶.

Existen elementos de la **Esencia, Naturales y Accidentales** en la formación de los contratos civiles.

Son de la **Esencia** de un contrato aquellos elementos sin los cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente (C.C., art. 1501)

Los elementos **Naturales** son los que no siendo esenciales en él, se entiende que le pertenecen sin necesidad de una cláusula especial (C.C., art. 1501). Es obvio, por ejemplo, que en el contrato de prestación de servicios médicos profesionales o de asistencia médica, va incluida la obligación del paciente de remunerar el trabajo del médico. Es de su naturaleza. Como lo es también la obligación del médico de poner de su parte toda su pericia y conocimientos con el fin de recuperar la salud de su paciente. Sin embargo, las partes pueden modificar estos elementos, siempre y cuando no atenten contra el orden público y/o las buenas costumbres. Ej. El médico que quiera atender de forma gratuita a un paciente puede hacerlo.

Los **Accidentales** son aquellos que normalmente no se dan y que es necesario agregar mediante cláusulas especiales (C.C., art. 1501); por cuanto la ley no los sobreentiende. Ej.: el médico operará al paciente y se compromete a visitarlo

⁴ CÓDIGO CIVIL. Art. 1502. Editorial Legis: Bogotá, 2007.

⁵ CÓDIGO CIVIL. Art. 1503. Editorial Legis: Bogotá, 2007.

⁶ CÓDIGO CIVIL. Art. 1504. Editorial Legis: Bogotá, 2007.

tres veces al día porque éste así lo pide expresamente, o efectuará la operación con rayos láser y no con bisturí, porque así se ha pactado, etc.

5.2.1.1 Los sujetos en el contrato de prestación de servicios medico-asistenciales. Los sujetos son el paciente y el médico, que ejercitan su principio de libertad y voluntad, alrededor de un objeto: la recuperación o conservación de la salud del enfermo, mediante un vínculo jurídico, es decir, actuando bajo el amparo de la ley que genera para una y otra parte obligaciones y derechos recíprocos.

Jurisprudencialmente se ha definido que el contrato que se establece entre el paciente y su médico es un contrato innominado llamado como “**contrato de asistencia médica**”. Es de tipo **bilateral**⁷ pues origina obligaciones para cada una de las partes; **oneroso**⁸ por cuanto tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro; **consensual**⁹, 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. Por lo tanto, todo documento que se suscriba tiene un carácter "ad probationem", que para este contrato específico es de gran utilidad, si se presenta cualquier conflicto que en últimas genere responsabilidades para las partes.

Decimos que es un contrato oneroso y conmutativo, en el cual cada una de las partes tiene claramente definida su prestación: El paciente paga un precio al profesional médico y éste se compromete a prestar un servicio como una manera de obtener, en algunos casos, un resultado definido y en otros a realizar el tratamiento adecuado conforme con los adelantos científicos del momento. También el paciente se compromete a seguir las prescripciones indicadas, para el éxito del servicio.

El artículo 2144 de nuestro Código Civil, preceptúa:

"...Los servicios de los profesionales y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato..."

“No obstante la claridad de la disposición legal citada, entendemos que el contrato de asistencia médica, dadas sus particulares condiciones, no puede asimilarse a un mero arrendamiento de servicios profesionales, pues en medicina las obligaciones del profesional son más amplias que las que consistirían

⁷ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil de las Obligaciones., Editorial Temis: Bogotá. Novena edición, Tomo III. 1986. Pág. 50 y s.s.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

simplemente en el cumplimiento de un mandato con el fin de celebrar actos jurídicos”¹⁰.

En efecto, los servicios del médico no implican representación de alguien; no se prestan al paciente “por encargo de alguien” (que se llamaría mandante). No hay obligación sin causa. Nadie está “ligado” civilmente a otra persona sino por una razón determinada “fuente de la obligación”. Las personas que vivimos en esta sociedad somos libres y no tenemos más obligaciones que las nacidas del acto jurídico, del hecho ilícito, del enriquecimiento sin causa justa o de la ley.

Y como del contrato emanan obligaciones, según vimos, será preciso ahora hablar sucintamente de los elementos que conforman esas obligaciones recíprocas nacidas entre médico y paciente por virtud del contrato: sujeto, objeto y vínculo.

Mirando el contrato de servicios o asistencia médica, como fuente de las obligaciones, debe precisarse que da origen a las llamadas “obligaciones de medio y no de resultado”. El médico no puede prometer, asegurar ni garantizar la cura del enfermo. Por lo tanto, el único resultado que se puede ofrecer es que se pondrá todo el empeño, diligencia, pericia, conocimiento, prudencia y cuidado para una correcta ejecución de una especial conducta, acorde con la Lex Artis y la ética en los momentos afectiva, cognoscitiva y operativa que envuelve su humanística y singular relación.

De manera genérica debe cumplir este contrato con lo estipulado en el Código Civil, con algunas precisiones y características especiales tanto en su formación como tal, en su desarrollo y en sus consecuencias.

5.2.1.2 El Acto Médico. Mediante el “Acto Médico”, se intenta promover la salud, prevenir y curar la enfermedad y rehabilitar al paciente. Para procurarlo, el médico se compromete a colocar todos los medios a su alcance para efectuar un procedimiento a favor del paciente, atendiéndolo de manera diligente, aplicando sus mejores conocimientos, empleando su mayor adiestramiento y el máximo cuidado personal; advirtiéndolo al paciente y a sus familiares previamente de los posibles riesgos y complicaciones que ello implica y sin que pueda garantizar el logro de los resultados perseguidos.

Debe enmarcarse dicho Acto médico en el profesionalismo, la ejecución conforme a la “Lex Artis Ad hoc”, el objetivo es la curación o rehabilitación y la licitud de las acciones desplegadas en pos de conseguirlo.

¹⁰ GUZMAN MORA, Fernando. Criterios para definir la responsabilidad civil del acto médico. Revista Colombiana Responsabilidad Médico legal, 1998.

“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...”; refiere el Título I, Capítulo I, Artículo 4º de la Ley 23 de 1981 o Código de Ética Médica.

Esta relación se cumple en estos casos, como lo contempla el Título II, Capítulo I, Artículo 5º de la citada Ley 23 de 1981.

“Por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes

Por acción unilateral del médico, en caso de emergencia.

Por solicitud de terceras personas.

Por haber adquirido el compromiso de atender personas que están a cargo de una entidad privada o pública”.

5.2.1.3 Relación Médico – Instituciones. En la década pasada surgen normativas constitucionales y legales que permiten la prestación del servicio de salud a entes particulares - en nombre o por delegación del Estado -; cayéndose en la actual situación de manejo del ahora “Negocio de la Salud” por entes y personas que con ánimo de lucro directo o disfrazado, contratan los servicios de los galenos para cumplir su rol de intermediarios en el “Sistema General de Seguridad Social en Salud” creado por la Ley 100 de 1993.

Como quiera que el diseño del nuevo Sistema respeta los costos de las grandes potencias del sector (productoras de medicamentos y de tecnología de punta) y se fundamenta en la libre competencia; necesariamente el margen para esta última se concentra en la disminución de los costos variables y entre ellos el de menor resistencia que es el del valor de la mano de obra de los profesionales y como su natural referente, el costo de la atención por el médico general.

El Título II, Capítulo IV, Artículos 42 a 45, de la Ley 23 de 1981 establece normas básicas para las relaciones del médico con las Instituciones, referidas éstas al cabal cumplimiento del galeno con las estipulaciones del contrato tanto profesionales como administrativas, haciendo énfasis en la prohibición del cobro de suma alguna al paciente que atiende por la entidad y a la derivación a su consulta privada.

5.2.1.4 La importancia de la historia clínica. La historia clínica es el más importante de los documentos que realiza cualquier equipo de salud, especialmente el médico, y tiene un valor científico, técnico y jurídico que resalta la prevalencia e importancia en el ejercicio de las actividades en el sector salud.

La historia clínica es el registro de una autoridad intelectual médica, en la cual se mezclan la capacidad para escuchar y comprender, explora e investiga y por ende llega a un resultado producto de los conocimientos y del estudio continuado del médico, capta no sólo datos que se transforman en información útil para la toma de decisiones y la ejecución de acciones, relacionadas con la salud de una persona o paciente o con un conjunto de la población; además es útil como prueba documental en situaciones en las que fallece una persona y oportunamente no se ordene la necropsia por haber transcurrido algún tiempo, y seguramente una exhumación no podría aportar en muchas oportunidades la observación de los órganos y entonces sería necesario recurrir a la prueba documental de la historia para poder establecer las causas del deceso.

Igualmente, en otras situaciones procesales que sólo producen alteraciones transitorias, pero que luego desaparecen con oportuno tratamiento, será necesario recurrir tanto al examen del implicado, como a la historia clínica.

Además, como definición de historia clínica que es el registro obligatorio de las condiciones de salud y del conjunto de datos relativos al estado médico de una persona, en consecuencia:

- A.** La historia clínica debe contener todos los datos relativos a la salud de una persona, es decir que no habrá historias separadas por programa o especialidad.
- B.** Se debe incorporar la información correspondiente a la atención tanto preventiva como curativa y de rehabilitación brindada a una persona.
- C.** La historia clínica es un documento para atención individual.
- D.** La historia clínica es única en la Institución, esto es que cada paciente tendrá una historia dentro de la institución, cualquiera que sea el servicio o especialidad que brinde la atención.

Entonces, el pilar fundamental del sistema de información orientado hacia la salud del paciente es la historia clínica, ya que permite consignar la información para:

- Contribuir a la identificación y a la cuantificación de los problemas de salud y sus factores relacionados.
- Controlar la eficiencia de los recursos y la eficacia de las decisiones y acciones de salud.
- Detectar la evolución de los problemas y evaluar el impacto que sobre los mismos puedan tener dichas decisiones y acciones.

Igualmente, se han tenido en cuenta las posibilidades de la historia clínica para fines de investigación y docencia, sin olvidar en ningún momento el papel

fundamental cual es el de facilitar la organización y calidad en la atención de las personas.

Dos características particulares deben complementar la anterior definición a saber: los conceptos de unidad y uniformidad de la historia clínica así:

- **Unidad.** En sentido estricto, el concepto de la historia clínica única, implica incluir en un solo documento toda la información relativa a la salud de una persona, a lo largo de su vida, independientemente del lugar donde se brinde la atención.

Si bien este criterio ofrece ventajas al garantizar la integridad y continuidad en la atención a lo largo del sistema de salud y disminuye la repetición innecesaria de estudios diagnósticos y datos básicos, su aplicación ofrece serias dificultades dada la movilidad de la población; sin embargo, es necesario el adecuado manejo del sistema de información y el eficiente manejo de los documentos médicos.

- **Uniformidad.** El concepto de uniformidad de la historia hace referencia al contenido y diseño de la misma, e implica que para atenciones semejantes deberán utilizarse formularios establecidos en las diferentes áreas de la Institución.

5.2.1.5 Marco jurídico de la historia clínica. En lo concerniente a la historia clínica es conveniente hacer dirección basados en la Ley 23 de 1981 y específicamente lo referido en el Capítulo III. 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".

Teniendo como base lo determinado por el anterior artículo: "La historia clínica es el registro obligatorio..." Significa esto que su elaboración y confección ha de entenderse que no es opcional y deberá diligenciarse de acuerdo con las normas legales vigentes. El papel del médico radica no solamente en que debe registrar sus observaciones y conceptos en forma oportuna, clara, completa, exacta, revisando los aportes de otras disciplinas comentar sobre ellos, y sus resultados. "No es por lo mucho o poco que se pueda escribir, sino por lo claro (legible), organizado y coherente, de esta forma la historia clínica será valiosa.

Por otra parte la historia clínica contribuye a proteger los intereses legales del paciente, la institución y el equipo de salud. Es decir, el manejo adecuado de la historia clínica podrá proporcionar evidencia sobre la responsabilidad.

La mala elaboración de una historia clínica dadas las condiciones no sólo actuales sino de siempre pueden hacer pensar que un profesional ha actuado de manera negligente.

Cabe anotar la no procedencia de escribir siglas no aceptadas universalmente, la ilegitimidad y no claridad de las anotaciones. Artículo 36 Ley 23 de 1981: "En todos los casos la historia clínica deberá diligenciarse con claridad. Cuando quiera que haya cambio de médico, el reemplazado está obligado a entregarla, conjuntamente con sus anexos a su reemplazante".

La historia clínica proporciona evidencia documental sobre la evolución, estado de salud y tratamiento brindado, reflejan la diligencia y profesionalismo del médico que interviene en la atención del paciente.

5.2.1.6 "De las condiciones de salud del paciente". De salud, concepto que no necesariamente se refiere a que ha de estar enfermo para tener una historia clínica, ya que ésta debe contener información preventiva además de la curativa o de rehabilitación. Se anotan indicios o aspectos de orden familiar, personal de desarrollo, etc. Hechos que son comprobables o "evidencias" que orientan y fundamentan procedimientos y diagnósticos.

En la historia clínica no deben escribirse comentarios que dejen entrever errores diagnósticos o terapéuticos o juicios sobre la preparación académica de los colegas o sobre la idoneidad del personal auxiliar. No debe ser lugar diferente a la sana y normal discrepancia diagnóstica y no de controversia médica. No es lugar donde se pueda con espíritus deshacerse de responsabilidad, para presionar estamentos administrativos o para dar curso a intenciones personales diferentes del acto médico. Existen para ello mecanismos administrativos que pueden realizarse y dejar constancias independientes que ayuden a mejorar el servicio y la atención al paciente.

"Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros, previa autorización de la paciente o en los casos previstos por la ley".

Se entiende como documento a la relación o escrito que ilustra acerca de algún hecho. Instruye, informa acerca de pruebas que atañen a un asunto (Diccionario de la Real Academia Española de la lengua).

Es privado: se refiere a que no requiere formalidades legales diferentes a la forma para ser considerado como documento, no necesita ser elaborado, emitido o convalidado por un funcionario público, ni por autoridad notarial.

Todo el personal que participa en la atención del paciente es responsable de la integridad, exactitud y guarda de la historia clínica, porque esta cumple con los propósitos para los que fue diseñada. De todo este personal quien tiene mayor responsabilidad relativa es el médico tanto en forma individual como relativa.

Artículo 23 de Decreto Reglamentario 3380/81: "El conocimiento que de la historia clínica tengan los auxiliares del médico o de la institución en la cual éste labore, no son violatorios del carácter privado o reservado de ésta".

Las disciplinas como enfermería, fisioterapia, nutrición, odontología, deberán tener y conocer las normas escritas sobre lo que se debe registrar y cómo debe consignarse la información en la historia clínica y recibir la información sobre la responsabilidad al respecto.

Ante las continuas solicitudes de revisión de sus derechos, los médicos deben tener mayor conciencia sobre la importancia del diligenciar la historia adecuadamente.

La elaboración y confección hace parte de la Norma de Atención o Lex Artis. Prima el deber ético por sí mismo de dejar constancia de las condiciones como efectuamos la atención y que ésta se realizó.

La historia clínica como documento privado de manejo inadecuado se regirá por los Artículos 289 y 293 del Código Penal. El Artículo 289 del citado establece lo siguiente "Falsedad en Documento Privado- El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba incurrirá, si lo usa, en prisión de uno a seis años. "

El Artículo 293 establece: "El que destruya, suprima u oculte, total o parcialmente un documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de uno a seis años".

Hemos mencionado que el médico realiza una actividad intelectual con la información recibida del paciente. Si bien éste es dueño de su intimidad, el profesional médico tiene propiedad intelectual sobre ella (Artículo 61 Ley 23 de 1981: "El médico tiene el derecho de propiedad intelectual sobre los trabajos que elabore con base en sus conocimientos intelectuales, y sobre cualesquiera otros documentos, inclusive historias clínicas, que reflejen su criterio o pensamiento científico"). Por ello mismo podemos recalcar como propietario intelectual debe identificarse como quiera que fue autor de la misma, legiblemente con su nombre, código o registro correspondiente y firma y no ocultar su autoría con seudónimos o firmas ilegibles.

La historia clínica no puede ser entregada a cualquier persona, se requiere mostrar autorización expresa del paciente e indicarse los fines que se persiguen para ser dispuesta. Existen causales validas para dar información de la historia clínica inclusive al paciente referidos en el Artículo 38 de la Ley 23 así:

- 1) Al enfermo, en aquello que estrictamente le concierne y conviene.
- 2) A los familiares del enfermo, si la revelación es útil al tratamiento.

- 3) A los responsables del paciente cuando se trate de menores de edad o de personas mentalmente incapaces.
- 4) A las autoridades judiciales o de higiene y salud, en los casos previstos por la ley.
- 5) A los interesados, cuando por defectos físicos irremediables o enfermedades graves infecto-contagiosas o hereditarias, se ponga en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia.

Según las disposiciones legales establecidas por la Ley 23 de 1981, "Ética Médica" en el Artículo 37 "el secreto médico o profesional es aquello que no es ético o lícito revelar sin justa causa. El médico está obligado a guardar el secreto profesional en todo aquello que por razón del ejercicio de su profesión haya visto, oído o comprendido, salvo en los casos contemplados por disposiciones legales". El Artículo 39 de la citada Ley establece que el médico velará porque sus auxiliares guarden el secreto profesional. Este debe cobijar a todas las personas que en razón de su profesión o estado tienen acceso a esta información confidencial. La normatividad penal establece sanciones en caso de infracción o violación manifiesta de los preceptos descritos.

Además, es recomendable la elaboración de reglamentos internos relacionados con el secreto médico que normalice el acceso a las historias clínicas, el tipo de información que deberá difundirse con base en lo referido y mandado legalmente.

5.2.1.7 Responsabilidad del equipo técnico respecto a la historia clínica.

Todo el personal que participa en la atención de un paciente es responsable por la integridad, exactitud y guarda de la historia clínica y porque ésta cumpla con los propósitos para los cuales ha sido diseñada. De todo este personal, es el médico quien tiene la mayor responsabilidad relativa tanto en forma individual como colectiva.

El papel del médico ante la historia clínica no sólo radica en el registro de sus observaciones en forma oportuna, clara, completa y exacta, sino que además debe revisar los aportes de las otras disciplinas de la salud y comentar sobre ellos, especialmente si los resultados son inesperados.

Por su parte, otras disciplinas como enfermería, fisioterapia, nutrición, odontología, etc., que contribuyen directamente a la atención del paciente, deberán tener normas escritas sobre lo que se debe registrar y como debe consignarse esta información en la historia clínica, para lo cual deberán recibir formación especial, acerca de sus responsabilidades al respecto.

Además de las responsabilidades ordinarias de registro y el análisis cuantitativo y cualitativo de la historia, el secreto médico o profesional requiere comentarios

especiales por afectar a todo el personal que se relaciona con ésta y por tener implicaciones éticas y legales para los responsables.

En este último tiempo y cada vez con más frecuencia, las entidades que intermedian los servicios de salud (Entidades promotoras de salud E.P.S., Empresas de Medicina Prepagada, Compañías Aseguradoras y cualquier otra forma institucional afín), solicitan tanto a médicos como a instituciones hospitalarias, el envío de historias clínicas de sus pacientes, con base en múltiples argumentos: auditoría médica de la atención, soporte para el pago de facturas, estadísticas, etc. Como se establece en la Ley 23 de 1881, la Superintendencia y el Ministerio de Salud prohíben enfáticamente este tipo de prácticas. De acuerdo con el concepto autorizado por las autoridades y la ley, no pueden las empresas que responden por la afiliación, el registro y recaudo de cotizaciones de sus usuarios, pretender acceder a una información que le corresponde tener a las I.P.S. como responsables de la integridad, exactitud y guarda de estos documentos y por cuya reserva y salvaguarda tiene que responder civil, penal y éticamente.

La resolución N° 3905 de junio 8 de 1994 adoptó un nuevo formato de resumen de atención (Epicrisis), que es el documento que obligatoriamente debe diligenciar una I.P.S. y que puede ser aportado como una respuesta o soporte a las exigencias de E.P.S, empresas de medicina prepagada, aseguradoras, etc.

La historia clínica busca y cumple innumerables objetivos y cuya importancia está enmarcada desde el punto de vista:

- **Administrativo.** La historia clínica cumple una función especial desde el punto de vista administrativo como fuente de datos para programación, control y evaluación del sistema de salud, para ordenación y planeación. Aquí se utilizan formularios llamados secundarios en la atención (registro diario de consulta, registro de egreso hospitalario).
- **Asistencial.** Como el registro de valores del paciente sirve de ayuda memoria al responsable de la atención, para el seguimiento, y como instrumento de comunicación entre los miembros del equipo de salud y la institución que interviene en la atención del paciente.
- **Docente.** Sobre la confección del proceso de aprendizaje de los estudiantes y como ayuda de la educación continuada de los profesionales médicos y del equipo de salud. Cabe aquí señalar la relegación de su importancia, ya que médicos más especializados emplean menos energías en escribir en la historia clínica y delegan este procedimiento en muchas oportunidades sobre el personal en entrenamiento con menos graduación ya que se le considera menos importante y hasta "degradante y desgastante" hacer anotaciones en la historia clínica.

- **Investigativo.** Vale anotar sus perspectivas para la realización de investigaciones clínicas, epidemiológicas, operativas, para ello deben existir ciertas normas.
- **Social.** Conociendo de los datos consignados, la composición familiar y factores de riesgo para la realización de ejercicios de prevención en salud familiar y de la comunidad.
- **Control de calidad.** Facilita y controla la eficiencia de los recursos y evaluación de la calidad y eficacia de las decisiones y acciones de salud, sobre el paciente, con base en parámetros definidos y a través de revisiones sistemáticas de historias. Detecta la evolución de los problemas y evalúa el impacto que sobre los mismos puedan tener dichas decisiones y acciones.
- **Médico legal.** Frecuentemente las instituciones, el médico y el equipo de salud, están expuestos a acciones judiciales por parte del paciente o de sus familiares por el mejor y mayor conocimiento de sus derechos y la forma de hacerlos valer. La historia proporciona la evidencia necesaria sobre las responsabilidades implícitas en la atención. Es el único documento en el cual el médico registra sus actuaciones con relación a la atención brindada a un paciente, demuestra que actuó con diligencia y cuidado, o por el contrario fue negligente; sus registros nos demuestran que cumplió con el deber objetivo de cuidado según la Lex Artis, liberándolo de toda responsabilidad; no olvidemos que en casos donde este en entredicho la actuación médica, se presume la falla en la prestación del servicio médico-asistencial y solo se va a exonerar de responsabilidad acreditando en el proceso que actuó con diligencia y cuidado y esto solamente lo podrá hacer respaldándose en una buena historia clínica. Además, como registro de las víctimas de lesiones violentas son el marco de información fidedigna y veraz de hechos relacionados de esta figura.

Por otra parte, y según la legislación vigente, la institución debe rendir informes relacionados con accidentes, violencias y otros hechos que dan lugar a la intervención policial, para lo cual, la historia clínica es fuente de información.

5.3 EL DIAGNÓSTICO Y EL TRATAMIENTO MÉDICO

En relación con la responsabilidad civil por error en el diagnóstico, el abogado argentino Roberto Vázquez Ferreyra expresa:

“Puede afirmarse que el diagnóstico es uno de los principales momentos de la actividad médica, pues a partir de sus resultados se elabora toda la actividad posterior conocida como tratamiento propiamente dicho. De allí que el diagnóstico

se termina convirtiéndose en un elemento determinante del acto médico, ya que del mismo depende el correcto tratamiento o terapéutica.

Cronológicamente el diagnóstico es el primer acto que debe realizar el profesional, para con posterioridad emprender el tratamiento adecuado. Por ello bien podría afirmarse que la actividad médica curativa comprende dos etapas. La primera constituida por el diagnóstico y la segunda por el tratamiento.

El diagnóstico, por su parte, puede descomponerse en dos tipos de actuaciones, distinción que tiene vital importancia al momento de analizar la culpa del profesional.

En una primera etapa, o fase previa, se realiza la exploración del paciente, esto es, el examen o reconocimiento del presunto enfermo. Aquí entran todo el conjunto de tareas que realiza el profesional y que comienzan con un simple interrogatorio, tanto del paciente como de quienes lo acompañan y que van hasta las pruebas y análisis más sofisticados, tales como palpación, auscultación, laboratorios, tomografías, radiografías, etc. Aquí el profesional debe agotar en la medida de lo posible el conjunto de pruebas que lo lleven a un diagnóstico acertado. Tomar esta actividad a la ligera, olvidando prácticas elementales, es lo que en más de una oportunidad ha llevado a una condena por daños y perjuicios.

En una segunda etapa, una vez recolectados todos los datos, corresponde el análisis de los mismos y su interpretación; se trata, en suma, una vez efectuadas las correspondientes valoraciones, de emitir un juicio¹¹.

En realidad, puede decirse que resulta relativamente fácil juzgar la conducta médica *ex post*, ya que no es difícil encontrar, en la mayor parte de los casos, los signos que indicaban el diagnóstico correcto. Por esta razón, el Juez no debe perder de vista que, al momento de evaluar al paciente, el médico está ante un juicio incierto, ya que la actividad de la medicina no puede asimilarse a una operación matemática. Al respecto, el profesor Ataz López previene sobre la imposibilidad de imponer a los médicos el deber de acertar¹².

Así las cosas, lo que debe evaluarse, en cada caso, es si se utilizaron todos los recursos, esto es, si se practicaron los procedimientos adecuados para llegar a un diagnóstico acertado, lo que obliga, en no pocos eventos, a distinguir entre la responsabilidad de los médicos y la de las instituciones prestadoras del servicio de salud, dada la carencia o insuficiencia de elementos para atender debidamente al paciente.

¹¹ VAZQUEZ FERREIRA, Roberto. Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina. Biblioteca Jurídica Dike, 1ª Edición Colombiana, Medellín, 1993, pp. 78,79.

¹² ATAZ LÓPEZ, Joaquín. Los médicos y la responsabilidad, Edit. Montecorvo Madrid, 1985, p. 307, 308. En: VÁZQUEZ FERREYRA. Op. cit., p. 94.

Cuando se realiza la consulta médica, se inicia con una buena anamnesis y se continúa con un completo examen físico del paciente, aquí sí la menor falta puede constituir culpa, pues el profesional debe agotar los medios a su alcance como paso previo a decidir el tratamiento adecuado. Y aquí no hay mayor margen de equivocación, pues precisamente ante la duda el profesional debe agotar las prácticas y exámenes complementarios para alejarse al menos en lo posible de un resultado erróneo.

En esta etapa no es atendible como excusa el costo del análisis o estudio que deba practicarse al paciente para omitirlo. Al menos, en tal caso se debe informar detalladamente al paciente sobre la conveniencia y necesidad de realizar dicha práctica¹³.

5.4 EL RIESGO Y CONSENTIMIENTO INFORMADO

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. Los actos humanos, en nuestro sistema jurídico, para que produzcan efectos plenos, deben ser realizados con consentimiento.

El 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.

El ejercicio médico se basa en dos principios fundamentales: la capacidad técnica del médico y el consentimiento idóneo del paciente que se deriva de otro principio, el de autonomía, entendiendo el consentimiento no sólo de aceptar sino de rehusar cualquier acción médica, luego de haber recibido una información y por ello se denomina entonces Consentimiento Informado. La validez de un consentimiento idóneo o de un rechazar idóneo se da luego de entender una información, considerar las alternativas más importantes y ser capaz de comunicar una decisión.

La ley entonces fija unos parámetros para darle validez al acto jurídico:

- 1) El consentimiento sólo puede ser otorgado por personas mayores de edad. El de los menores genera actos nulos (relativamente nulos, absolutamente nulos, dependiendo de la edad misma).

¹³ VÁSQUEZ FERREYRA. Op. cit., p. 100.

- 2) El consentimiento no puede provenir de personas consideradas por la ley como incapaces mentales (Artículo 1503 del Código Civil: "Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellos que la ley declara incapaces..."; Artículo 1504 del Código Civil: "dementes, impúberes, sordomudos que no pueden darse a entender por escrito (Absolutos); menores y adultos que se hallen en interdicción...").
- 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.

Como elemento esencial del contrato de asistencia médica y en esta clase de contrato con referencia propia, está el consentimiento. Amén de las estipulaciones generales contenidas en el Código Civil, está casi limitado al consentimiento del paciente (por regla general el médico está obligado a atenderlo) y rodeado de condiciones y consecuencias especiales.

El Artículo 1508 del Código Civil, refiere que el consentimiento debe estar exento de error, fuerza o dolo o estará viciado de nulidad o degenerará en otro contrato. El Título II, Capítulo I, Artículo 14 del Código de ética médica reza: "*El médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata.*" Si la autorización previa no es posible, debe dejarse constancia expresa y clara en la historia clínica de tal hecho, antes de proceder a la intervención.

Aunque la decisión de intervenir o no, frente a una expectativa de nulos resultados positivos puede ser motivo de discusión desde la ética; el punto de vista legal civil no permite la comparación de la calidad de sobrevivida vs. la permisión de la muerte; toda vez que el mayor bien protegido en el hombre es la vida y como tal es considerado bien social, excluido de la libre disposición aún del propio ser que la disfruta. La conservación de la vida prima entonces civilmente sobre la calidad de la misma o sobre la determinación de sus creencias o convicciones.

Al definir el paciente su consentimiento, debe contar previamente con una amplia información acerca del posible diagnóstico, los métodos para su confirmación, las alternativas posibles de tratamiento y las posibles complicaciones. Establece sobre este punto la Ley 23 multicitada en su Título II, Capítulo I, Artículo 18: "*Si la situación del enfermo es grave, el médico tiene la obligación de comunicarlo a sus familiares o allegados y al paciente en los casos en que ello contribuye a la solución de sus problemas espirituales y materiales.*"

Que cada cual puede elegir libre y conscientemente sobre sí mismo, queda claro desde la enmienda Constitucional de 1791 a la Carta de los Estados Unidos en reconocimiento del “debido proceso” y al obligar al Estado a vencer en juicio al individuo, con apego a las formalidades legales. Hacia 1914 se sentó como Doctrina que: *“Todo ser humano con edad adulta y mente clara tiene el derecho a decidir qué se hará con su propio cuerpo; y un cirujano que realiza una intervención sin el consentimiento de su paciente comete un atropello”*. La evolución ulterior desarrolla en 1972 el criterio de informar al paciente de manera “adecuada”, teniendo en cuenta los riesgos, las complicaciones y las alternativas posibles; considerándose como “negligencia profesional” en todos los casos en que se haya ocultado dicha información. Hace 25 años el 88% de los médicos no revelaban el diagnóstico de cáncer, hoy el 98% dice hacerlo en forma rutinaria y completa.

La Ley 23 de 1981 (Código de Ética Médica) contempla, Título TI, capítulo, artículo 15: "El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar 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 su responsables sus consecuencias anticipadamente".

Se presentan casos de fuerza mayor y pueden ser, Imprevistos: cuando de acuerdo con las circunstancias ha de emprenderse una operación quirúrgica, en ocasiones aun advirtiendo al paciente de la necesidad de la resección amplia o total de un órgano, puede encontrarse con situaciones que cambien el planteamiento inicial y que solamente el profesional en su acto quirúrgico esté en capacidad de determinar hasta dónde puede definir la supervivencia y la calidad de vida de quien se ha colocado en sus manos cambiando la estrategia a seguir. De Extrema Urgencia, cuando se encuentre en peligro la vida de la persona y se requiere de una cirugía radical, con las consecuencias que ello implique en el futuro. En los anteriores casos si la familia no está presente y no haya sido posible obtener dicho consentimiento, se debe dejar constancia muy clara en la historia clínica de la situación y los procedimientos que se requirieron para atender el paciente. Aun así se enfrenta a la queja del paciente, a pesar, de las explicaciones preoperatorias y la situación en la misma cirugía.

Un proceso patológico es cambiante, difícil de predecir y por lo tanto no pueden establecerse normas regidas con anterioridad.

La jurisprudencia que se ha sentado al momento con relación al tema es múltiple y uniforme; al respecto traemos algunos apartes de la Sentencia T-313/96, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero:

- **Consentimiento del paciente.** *“Para que surja una relación con proyección jurídica entre el médico y su paciente se requiere acuerdo de voluntades*

hacia una prestación de servicios. La obligación contractual o extracontractual del médico respecto del ser humano a quien va a tratar, buscando su curación es una prestación de servicios que produce obligaciones de medio y no de resultado, enmarcada en el consentimiento, entendiéndose por tal acuerdo de voluntades sobre un mismo objeto jurídico.

Por supuesto que el tema ha sido controvertido; se ha afirmado que la tradición jurídica latina se inclina por la decisión discrecional "paternalista" del médico, mientras que la doctrina anglo-norteamericana le da relevancia al consentimiento del paciente, no pudiendo realizarse el tratamiento sin la aceptación del usuario, criterio que tiene su antecedente remoto en el propósito de John Locke de fundamentar teóricamente el nuevo ordenamiento social, enunciando que nadie puede dañar a otro en su vida, salud, libertad y propiedad, señalando como cualidades primarias las inseparables del cuerpo (entre ellos la "figura") diciendo que en las cualidades se mantienen como son. Este fundamento propio del empirismo-materialista ha ganado terreno en el tema que nos ocupa: el consentimiento del paciente; y este criterio también fue absorbido por el materialismo francés, de ahí que el "consentiment éclairé" o consentimiento aclarado brota del manantial teórico del sano sentido común (bon sens) propio de Locke.

En el ordenamiento constitucional colombiano, el primitivo concepto que reconocía el "respecto de los derechos naturales" (art. 19 de la Constitución de 1886) fue suprimido por el Constituyente de 1936 (art. 9º, convertido luego en art. 16), no obstante en el preámbulo de la Constitución Nacional de 1886 se determina que los poderes públicos están constituidos para asegurar los valores materiales de la justicia, libertad y paz, concepto que fue adoptado como principio fundante en la Constitución Política de 1991.

- *El proceso volitivo. En el terreno jurídico la problemática del consentimiento entre el médico y el paciente no ofrece dificultad alguna en las actitudes cotidianas del acercamiento del enfermo hacia quien hará la curación.*

Hay en estos eventos un consentimiento rápido e implícito que permite la actuación del médico. El problema del consentimiento adquiere relevancia jurídica cuando, como en el asunto que motiva esta sentencia, está en juego algo demasiado importante como es el sexo de una persona. Por lo tanto, habrá que afirmar que en este caso el consentimiento debe provenir personalmente del propio paciente, con capacidad plena y aún con él de algún formalismo como sería el consentimiento por escrito.

Es esta situación especial entran en juego todos los elementos del proceso volitivo, el móvil determinante del servicio requerido y hay que tener en cuenta también las situaciones que enturbian o excluyen el consentimiento.

Aunque el tema del consentimiento en la relación médico-paciente había sido especialmente estudiada por los tratadistas de Derecho penal, ahora habrá que darle una dimensión constitucional, porque está de por medio derechos fundamentales.

En el asunto sometido a esta acción de tutela el acuerdo sólo podría ser celebrado entre el médico que ofrecía el tratamiento de readecuación de sexo y el sujeto pasivo con capacidad para aceptar esa policitud. Al recibir la oferta el paciente, principia a formarse la concurrencia de voluntades, y, dada la gravedad del asunto a tratar, sólo cuando el policitante recibe la aceptación del policitado puede decirse que se ha consumado el proceso volitivo. (Esto ha sido llamado desde hace mucho tiempo teoría de la información).

Anteriormente se consideró que se presumía el consentimiento del paciente cuando el médico actuaba en beneficio de aquél, se llegó al extremo de creer que 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 ha 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.

- **El consentimiento informado.** 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 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, por lo que cualquier manipulación del mismo sin consentimiento del titular del derecho constituye una de las más típicas y primordiales formas de lo ilícito

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 la sentencia No. T-559/95 Magistrado Ponente: **Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO** se expreso:

"Debe existir previo consentimiento del paciente para el tratamiento que se le señale. El Juez de tutela no puede suplir ese consentimiento, ni tomar partido a favor o en contra de una tesis médica, es el propio galeno quien, conjuntamente con el paciente, determinarán el camino a tomar. No le corresponde al juez de tutela indicar que haya cambio de médico, salvo que el no cambio signifique vulneración de un derecho fundamental.

Para que surja una relación con proyección jurídica entre el médico y su paciente se requiere acuerdo de voluntades hacia una prestación de servicio.

- **La urgencia Medica:** *Ante la urgencia, el médico tiene la obligación de actuar en defensa de la vida y la integridad de la persona, siendo sustituido el consentimiento del paciente por la realidad objetiva de una intervención necesaria para preservar la vida de la persona, para evitar un perjuicio irremediable"*

Con relación al Consentimiento Informado de pacientes con objeciones de conciencia por su credo religioso como lo son los TESTIGOS DE GEHOVA, a dicho la Corte que no se les puede vulnerar los Derechos Fundamentales a la libertad de conciencia, al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de cultos; pero debemos tener en cuenta que prima el Derecho a la Vida; que en algunos casos y dependiendo la Capacidad de las personas para expresar su Consentimiento al estar en Tensión con los otros Derechos Fundamentales debe estudiarse cada caso en concreto para determinar cual de ellos prima. Traemos algunos ejemplos, que nos demuestran que derechos prevalecen:

1.- Se trata del caso de los padres de una **niña de diez meses de edad** quienes se negaron a que la lactante fuera hospitalizada para tratar de superar los graves problemas de salud que afectaban seriamente a la menor y comprometían su vida, por cuanto se requería de una transfusión sanguínea y el culto evangélico que profesaban sus padres se los impedía. En esa oportunidad, fue enfática la Corte en determinar "la absoluta procedencia del amparo porque **"primaba el derecho a**

la vida de la menor indefensa frente a las creencias religiosas de sus padres”¹⁴.

2.- En este caso en donde la Corte tuvo que decidir si el padre de un menor adulto, a quien faltaban pocos meses para llegar a la mayoría de edad, podía o no obligar a su hijo a aceptar una transfusión de sangre, en el marco de una quimioterapia, tratamiento que el paciente rechazaba por convicciones religiosas. La acción de tutela fue interpuesta por el padre del menor contra las personas que suscribieron como testigos el documento que firmó el menor enfermo. La Corte autorizó que el padre prestara el consentimiento, ya que la situación era extrema, debido a la urgencia y necesidad de ese tratamiento, y en el entendido de que el menor no se oponía a la ayuda médica como tal, sino exclusivamente a la transfusión que podrían efectuarle “como consecuencia de la quimioterapia, todo lo cual demuestra la importancia que para él tiene recuperarse y mantenerse vivo”. El tratamiento era entonces necesario no sólo para amparar la vida y salud sino también para proteger “la estabilidad emocional del menor, que ha entendido que de él en gran medida depende que cuente con la posibilidad de un futuro” La Corte concluyó “que si bien el menor adulto podía participar en la toma de decisiones que lo afectaban, no siendo plenamente capaz por disposición de la ley, prevalecía el querer de su padre para que se le practicara la transfusión de sangre, en tanto esa voluntad estaba dirigida a proteger la vida de su hijo”¹⁵.

3.- Se trata de una paciente adulta que antes de someterse a una cirugía programada, en pleno uso de sus facultades mentales, había suscrito un documento ante Notario Público, por medio del cual manifestaba su voluntad de no aceptar ningún tipo de transfusión sanguínea cualquiera que fuera su condición clínica. En el post operatorio se requería clínicamente de una transfusión, los médicos se negaron a prescribirla por cuanto la paciente se negaba a recibirla, por lo cual su esposo interpuso una acción de tutela.

La Corte expuso: “El consentimiento del paciente se erige como manifestación expresa del principio constitucional que reconoce en él un ser razonable, dotado de entendimiento que posibilita la realización de su libertad, pues es su “razón” la única que puede válidamente determinar, previa información sobre las características y posibles consecuencias de un determinado tratamiento médico, si lo acepta o no, decisión que será legítima y constitucional siempre que provenga de un individuo plenamente capaz y que con ella éste no incumpla con la obligación que tiene de brindarse a sí mismo el cuidado integral que su persona requiera, o con el deber de no infringir con sus decisiones daño a terceros o a la colectividad. Habilitar al médico para imponerle su criterio al paciente, sería tanto como despojar al individuo de su autonomía, trasladándola a otro en razón de su

¹⁴ Sentencias T-411 de 19 de septiembre de 1994. Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁵ Sentencia T-474 de 25 de septiembre de 1996. Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz.

calificación profesional, lo que es inadmisibile en la concepción de hombre que subyace en este tipo de organización política”¹⁶.

- **Características del consentimiento informado.** “...la persona debe tomar su determinación sin coacciones ni engaños. Así, no es válido, por haber sido inducido en error, el asentimiento de un paciente que es logrado gracias a una exageración, por parte del médico, de los riesgos de la dolencia y una minimización de los peligros del tratamiento”.

“...la decisión debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente de todos los datos que sean relevantes para que el enfermo pueda comprender los riesgos y beneficios de la intervención terapéutica, y valorar las posibilidades de las más importantes alternativas de curación, las cuales deben incluir la ausencia de cualquier tipo de tratamiento, con el fin de que la persona pueda hacer una elección racional e informada sobre si acepta o no la intervención médica”. El equipo médico le indique “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”¹⁷.

¹⁶ SALA NOVENA DE REVISIÓN, Sentencia T-659 de 2002, Ref.: Exp. T-589908. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁷ Sentencia T-477 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Fundamento jurídico N° 11.

6. CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. LEY 23 DE 1984 Y DECRETO 3380 DE 1981

6.1 LOS PRINCIPIOS RECTORES

Están contenidos en el Capítulo Primero de la Ley 3380 de 1981

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.

2° El hombre es una unidad síquica y somática, sometido a variadas influencias externas. El método clínico puede explorarlo como tal, merced a sus propios recursos, a la aplicación del método científico natural que le sirve de base, y a los elementos que las ciencias y la técnica ponen a su disposición.

En consecuencia, el médico debe considerar y estudiar al paciente, como persona que es, en relación con su entorno, con el fin de diagnosticar su enfermedad y sus características individuales y ambientales, y adoptar las medidas, curativas y de rehabilitación correspondientes. Si así procede, a sabiendas podrá hacer contribuciones a la ciencia en la salud, a través de la práctica cotidiana de su profesión.

3° Tanto en la sencilla investigación científica antes señalada, como en la que se lleve a cabo con fines específicos y propósitos deliberados, por más compleja que ella sea, el médico se ajustará a los principios metodológicos y éticos que salvaguardan los intereses de la ciencia y los derechos de la persona, protegiéndola del sufrimiento y manteniéndole incólume su integridad.

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.

5° Conforme con la tradición secular, el médico está obligado a transmitir conocimientos al tiempo que ejerce la profesión, con miras a preservar la salud de las personas y de la comunidad. Cuando quiera que sea llamado a dirigir instituciones para la enseñanza de la medicina o a regentar cátedras en las mismas, se someterá a las normas legales y reglamentarias sobre la materia, así

como a los dictados de la ciencia, a los principios pedagógicos y a la ética profesional.

6° El médico es auxiliar de la justicia en los casos que señala la Ley; ora como funcionario público, ora como perito expresamente designado para ello. En una u otra condición, el médico cumplirá su deber teniendo en cuenta las altas miras de su profesión, la importancia de la tarea que la sociedad le encomienda como experto y la búsqueda de la verdad y solo la verdad.

7° El médico tiene derecho a recibir remuneración por su trabajo, la cual constituye su medio normal de subsistencia. Es entendido que el trabajo, la cual constituye su medio normal de subsistencia. Es entendido que el trabajo o servicio del médico solo lo beneficiará a él y a quien lo reciba. Nunca, a terceras personas que pretendan explotarlo comercial o políticamente.

8° Cuando el médico emprenda acciones reivindicatorias en comunidad, por razones salariales u otras, tales acciones no podrán poner en peligro la vida de los asociados.

9° El médico, por la función social que implica el ejercicio de su profesión, está obligado a sujetar conducta pública y privada a los más elevados preceptos de la moral universal.

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 y permanentes sobre ética médica a que debe ceñirse el ejercicio de la medicina en Colombia.

El numeral 7°; establece que *“El médico tiene derecho a recibir remuneración por su trabajo, la cual constituye su medio normal de subsistencia. Es entendido que el trabajo del médico solo beneficiará a él y a quien lo reciba. Nunca, a terceras personas que pretendan explotarlo comercial o políticamente;* sin que en nuestro medio se cumplan estos preceptos orientadores y fundamento de la Ley 23 de 1981 o Código de Ética Médica.

Interesa al estudio resaltar que la tendencia desde hace casi una década es la eliminación de las modalidades de los profesionales y trabajadores de planta (contrato de trabajo o nombramiento) y de los generalizados contratos de prestación de servicios personales en entidades públicas y privadas (sin reconocimiento de prestaciones sociales ni vínculo laboral), para buscar formas alternativas que les liberen de la responsabilidad directa frente a los prestadores del servicio y de los usuarios mismos, tales como las empresas asociativas de trabajo, pre-cooperativas y cooperativas de trabajo asociado, uniones temporales, consorcios y hasta las entidades de carácter gremial o sindical que quieran asumir

el rol de patronos de sus propios afiliados y la responsabilidad derivada de la atención al usuario a través de los Contratos Sindicales (Artículo 482, CST.).

El médico es catalogado como garante social y, su labor, actualmente, de carácter fundamental. La preservación o recuperación de la salud a decir de muchos son servicios esenciales no susceptibles de suspensión colectiva o huelga y en tal sentido al lado de la Policía y las Fuerzas Militares, los médicos están limitados en sus derechos al reclamar justas reivindicaciones. Quienes así piensan favorecen el establecimiento obligatorio de mecanismos de conciliación y posterior arbitraje, como alternativas de acuerdos después de las conversaciones fallidas en el trámite de solución convencional de conflictos laborales.

Otros diferencian los actos médicos requeridos como emergencias, de aquellos dados en el proceso de estudio de patologías ambulatorias y secuencialmente manejadas, para facultar en estas últimas la suspensión colectiva o huelga como herramienta válida de presión en pos de sus propósitos laborales o profesionales. En algunos países europeos ya existen sindicatos de policías y han llegado a la huelga, no así las fuerzas militares. En Colombia, hace poco mas de un quinquenio, liderado por los médicos y ante la eventual privatización de servicios del Hospital Militar Central, se creó el Sindicato Nacional de los Empleados y Profesionales Civiles al servicio de las Fuerzas Militares y adelantaron con relativo éxito un cese de actividades que les permitió conservar algunas garantías laborales y asistenciales.

Las Empresas Promotoras de Salud EPS, en su afán por lograr una utilidad cada vez mayor, procuran contratar con la IPS o profesional que le ofrezca menor costo operativo y las Instituciones Prestadoras de Servicios IPS a su vez, imponen a los médicos y demás profesionales restricciones exageradas en los costos de atención que los llevan a un ejercicio precario, denigrante y en más de una ocasión, por esa causa, antiético.

La Ley 100 de 1993 estableció tal cantidad de cambios en el Sistema de Salud que eliminó la consulta privada, acabó la relación médico – paciente liberal y la comunicación casi espiritual de confianza y solidaridad sostenida entre ellos; para empotrar a una serie de intermediarios con diversos intereses frente a la relación médico – paciente, con ánimo de lucro o interés político en ambos regímenes; con despersonalización de la atención, deshumanización del acto médico por la contención de costos y, en lo laboral, con pauperización de los profesionales que abandonados sin la relación laboral, deben asumir los altos costos de una seguridad social precaria y lejana.

Muchas causas, circunstancias, desarrollos y consecuencias del actual caos laboral, pasan por la superproducción de galenos como Política de Estado, eliminación progresiva de los entes públicos y las cargas prestacionales y otras más que no son motivo del presente estudio; pero que evidentemente cada día

afectan en mayor grado el ejercicio ético de la más humana de las ciencias y la más científica de las humanidades.

6.2 DERECHOS Y DEBERES DEL MÉDICO

Los Derechos son:

- Ejercer su profesión una vez cumplidos los requisitos legales
- Recibir trato digno por parte de pacientes y familiares
- No prestar servicios en casos que no sean de urgencia y en casos específicos contemplados en la Ley
- Recibir remuneración por su trabajo, sin que terceros se lucren de la relación médico-paciente
- Intervenir sin autorización en casos de urgencia
- Solicitar la realización de Junta médica
- La propiedad intelectual sobre sus trabajos
- Buen nombre y honra
- Debido proceso y a la defensa.

Básicamente son deberes del médico:

- Secreto profesional
- Información adecuada y consentimiento
- Obligación de conocimiento
- Obligación de diligencia y técnica
- Continuidad en el tratamiento
- Asistencia y consejo y
- Certificación de la enfermedad y del tratamiento efectuado.

En sentencia No. 12.548 del Consejo de Estado, del 15 de junio de 2.000, Magistrado Ponente Dra. María Elena Giraldo Gómez, se establece reiterando el concepto del 7 de octubre de 1.999, Sentencia No.12.655, de su autoría “..... Así lo destaca la doctrina al enunciar dentro de la pluralidad del contenido prestacional médico unos deberes principales y otros secundarios.

Respecto de los **deberes principales** están, por lo general los de ejecución, de diligencia en la ejecución, de información y de guarda del secreto médico.

Descendiendo al acto médico propiamente dicho, aparecen los denominados **deberes secundarios** de conducta como son atinentes a la elaboración del diagnóstico, de información y realización de la historia clínica, la práctica adecuada y cuidadosa de los correspondientes interrogatorios y la constancia escrita de los datos relevantes expresados por el paciente, la obtención de su voluntad, si ello es posible; el no abandono del paciente o del tratamiento y su

custodia hasta que sea dado de alta. Estos deberes secundarios son entre otros muchos, los que integran el contenido prestacional médico complejo¹⁸.

6.3 DERECHOS Y DEBERES DE LOS PACIENTES

Los Derechos de los pacientes se fijaron en el Congreso de la Asociación Médica Mundial, los cuales fueron acogidos por la Asociación Americana de Hospitales y Clínicas desde 1973 y en Colombia se reconocen en la Resolución 13437 de 1991, emitida por el Ministerio de Salud y se compendian así:

Derecho de los pacientes a:

- *“Elección libre del médico dentro de los recursos disponibles en el país.*
- *Comunicación clara y plena con el médico*
- *Confidencialidad en la historia clínica*
- *Respeto de decisiones en caso de enfermedad irreversible*
- *Explicación de costos por parte de médicos e instituciones*
- *Atención no condicionada a pago de honorarios en caso de urgencia*
- *Recibir o rehusar ayuda espiritual*
- *Respeto a la decisión de participar en investigaciones*
- *Respeto a la voluntad de donación de órganos*
- *Derecho a morir con dignidad”.*

Pero correlativamente, como componente del contrato, tiene los Deberes de:

- Colaborar en el cumplimiento de las normas institucionales
- Tratar con respeto al médico, los paramédicos, los otros pacientes y a los acompañantes
- Firmar el documento de salida voluntaria o de no aceptación de los tratamientos propuestos, cuando así lo decida.

6.4 LA LEX ARTIS – EL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO

Es aquel criterio valorativo de la ejecución del concreto acto médico realizado por el profesional de la medicina, ciencia o arte médico que tiene en cuenta las específicas características del médico, de su especialización, la complejidad del acto y la trascendencia vital para el paciente y, en su caso, la influencia de factores endógenos, estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización institucional para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal empleada, descrita en los Protocolos de Manejo Hospitalario,

¹⁸ BUERES, Alberto J. Responsabilidad Civil de los médicos. Editorial Hammurabi, de Palma Editores, segunda edición, 1.992. P. 89 y 160 S.S.

determinados por Asociaciones medicas, Facultades de Medicina, Instituciones Medicas, etc.; por lo cual para una misma Patología habrán diferentes Protocolos de manejo; dependiendo de la Escuela a la cual pertenezcan y a la cual sigan.

Con la instauración de los “protocolos de actuación”, se establecen unas pautas seriadas de evaluación, diagnóstico y tratamiento terapéuticos instaurados, que resultan especialmente útiles, no sólo para acreditar la correcta o incorrecta actuación médica, sino porque además facilitan la concreción de la *lex artis* de cada caso, la *lex artis ad hoc*.

Y ¿qué es la “*lex artis ad hoc*”?, ¿por qué se emplea jurídicamente esta expresión?

Al poder existir diferentes técnicas útiles para tratar cada caso planteado, y todas ellas resultar igualmente válidas, hay que determinar cuál es la “verdadera y típicamente” aplicable al caso específico, partiendo de la base de que no siempre el criterio será unívoco al existir diversas técnicas válidas, correctas y conformes a *lex artis* en función de los conocimientos de la ciencia y del estado del saber. Quien actúa según los parámetros o directrices determinados en los Protocolos de manejo, actúa con el deber objetivo de Cuidado, cumpliendo así con las obligaciones de medio, que es a las cuales esta obligado el medico.

La jurisprudencia actual gira ya en torno al concepto de *lex artis*, pero en este caso como criterio delimitador de responsabilidad, se une el concepto de infracción de la misma con el relativo a la antijuridicidad (contrariedad a la norma) del daño, y se considera que si la intervención medica está indicada y se ha realizado conforme al estado de la ciencia o del saber en el momento de la misma, el resultado dañoso que pueda producirse no es antijurídico, es decir, no es contrario a la norma y por tanto, el paciente tendría obligación de soportarlo. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de las técnicas existentes en el momento de producción de aquéllos.

Nos permitimos transcribir un artículo que aparece en la revista de la Sociedad Colombiana de Cirugía Ortopédica y Traumatología (SCCOT) del mes de julio de 2007 en el acápite Esquina Gremial: “El concepto de *lex artis*, o ley del arte, traduce un “estado actual del saber” y se origina en la aplicación sistemática de reglas generales a casos parecidos, permitiendo presumir la forma en que un profesional actuaría dadas unas equivalentes condiciones de formación, medios y entorno. Determina la práctica médica adecuada en un tiempo y lugar específico. Es un criterio clave para determinar la existencia o no de responsabilidad médica y constituye el núcleo central del debate probatorio en los procesos judiciales por negligencia médica, estableciendo un cumplimiento o un apartamiento de ella.

Es importante advertir que no se trata de evaluar cómo hubiera actuado el “mejor médico” en las condiciones ideales, ni siquiera contrastar el acto médico bajo examen con la metodología propugnada por la escuela predominante.

Basta pensar que no se puede evaluar un accionar médico para una urgencia específica en una zona rural con difícil acceso y escasa oferta de servicios de salud, con la misma patología atendida en un Hospital Universitario.

La temática se ha construido sobre la base de la obligación del profesional médico en relación con su paciente: aquel no puede garantizar un resultado específico de su actuación, es decir, no puede comprometerse a que siempre conseguirá un resultado favorable para la vida o la salud de este, sino a actuar diligentemente en procura de ese fin. El origen de este tipo de obligación, que en el mundo de lo jurídico se denomina “de medio”, se origina en la impredecibilidad de los comportamientos biológicos, especialmente la idiosincrasia individual.

Universalmente se ha aceptado por diversas legislaciones, entre ellas la colombiana, que existen unos 3 elementos estructurantes de la Lex Artis:

- 1) La idoneidad profesional, entendida como el lleno de las condiciones de formación profesional y entrenamiento necesarios para brindar un servicio Específico.
- 2) Una evaluación completa del paciente y constancia de los hallazgos en los registros básicos, (dentro de ellos el fundamental: la Historia Clínica).
- 3) Empleo de procedimientos de aceptación por parte de instituciones científicas reconocidas legalmente, lo cual excluye utilización de técnicas desconocidas.
- 4) Consentimiento del paciente. La valoración de la Lex Artis la efectúa el Juez para decidir si la actuación del profesional ha sido diligente o por el contrario, se califica de negligente. El juzgador se apoya para su decisión en el dictamen de peritos médicos designados para el efecto, dentro de la concepción de “pares”. Cabe recordar que la prueba pericial no obliga en sus conclusiones ni al Juez ni a las partes, y que los procesos judiciales prevén oportunidades para la objeción de sus contenidos.

La Lex Artis no es una estructura estática, es un proceso dinámico que evoluciona en la proporción en que lo hace la ciencia y la tecnología médica. Al efecto conviene recordar las palabras del Maestro Guillermo Fergusson cuando afirmaba: “En el futuro los médicos recordarán el uso de las drogas quimioterápicas con el mismo horror con que nosotros miramos el uso del aceite hirviendo en las heridas”. Sin embargo, ese tratamiento fue Lex Artis en la moribunda edad media.

Dentro de la transformación paulatina del concepto, la Lex Artis se ha venido apropiando recientemente de componentes éticos. No basta el cumplimiento de los aspectos estrictamente técnicos del acto médico. Baste con pensar que un procedimiento quirúrgico correctamente indicado, oportuna y técnicamente bien ejecutado, no se ajustaría a Lex Artis si no se cumplió el deber de información, o se violó el principio del consentimiento suficiente o no se registró adecuadamente en la Historia clínica”.

Refiriéndose al cumplimiento de la obligación del médico, la doctrina señala que dicha prueba consiste en “demostrar que ejecutó la prestación a su cargo, esto es, la serie de actos (llámeselos medios, si se quiere) previstos por la ciencia y el arte médicos para el tratamiento del caso que el paciente le confió: que estudió la historia y particularidades del paciente; que en presencia de los síntomas consultados y percibidos y hecha la evaluación de su estado de salud ordenó los exámenes previos a su intervención para precisar el diagnóstico, si no acertado por lo menos consecuente con esas circunstancias, y determinó la terapéutica correspondiente; que preparó al paciente con las drogas e indicaciones para la intervención quirúrgica; que se rodeó del personal auxiliar especializado y experimentado; que recluyó al enfermo oportunamente en un hospital; que disponía y utilizó los equipos adecuados; que practicó las incisiones e hizo las operaciones requeridas y en la forma prevista por su técnica; que controló los síntomas vitales del operado; que intervino al paciente en condiciones de asepsia; que dio las órdenes y las instrucciones apropiadas para el control post-operatorio; que explicó al paciente o a su familia los efectos y las precauciones a ser tomadas durante este período; que mantuvo un control y vigilancia sobre el enfermo, su progreso, etc. Véase cómo todos estos actos son precisos y determinados, previstos por el arte médico según el caso. Sucedo que el médico no se obliga a realizar el hecho preciso y determinado consistente en el resultado de sanar al enfermo (causa final) pero sí se obliga a realizar y aún garantiza otros hechos no menos precisos y determinados, a saber, la sucesión de actos en que consiste un tratamiento médico (con miras a obtener el resultado deseado, que él no garantiza ni constituye la prestación objeto de su obligación)”. (Se subraya)¹⁹.

6.5 EL TRIBUNAL SECCIONAL Y NACIONAL DE ETICA MÉDICA.

6.5.1 Naturaleza Jurídica. Los Tribunales Ético Profesionales son ORGANOS DE CONTROL Y de REGIMEN DISCIPLINARIO, creados mediante la Ley 23 de 1981.

¹⁹ VALLEJO Felipe. La responsabilidad civil médica. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia No. 300-301 mayo – noviembre de 1993, p. 33

ARTICULO 63. Créase el Tribunal Nacional de Ética Médica con sede en la capital de la República, con autoridad para conocer de los procesos disciplinarios ético profesionales que se presenten por razón del ejercicio de la medicina en Colombia.

6.5.2 Composición. La composición y el mecanismo de elección del Tribunal Nacional de Ética Médica y de los Tribunales Seccionales se hallan relacionados en los diferentes artículos de la mencionada Ley:

ARTICULO 64. El Tribunal Nacional de Ética Médica estará integrado por cinco profesionales de la medicina elegidos por el Ministerio de Salud de una lista de diez candidatos, de los cuales cuatro serán propuestos por la Federación Médica Colombiana, tres por la Academia Nacional de Medicina y tres representantes de las facultades de medicina legalmente aprobadas, propuestos por éstas.

PARAGRAFO. El Ministerio de Salud, cuando lo considere conveniente, podrá solicitar a la Federación Médica Colombiana, a la Academia Nacional de Medicina y las facultades de medicina envío de nuevas listas. Conc. D. 3380/81. Art. 31 y 32.

Art. 31. Durante los dos meses anteriores a la iniciación de un período del Tribunal Nacional de Ética Médica, las entidades competentes, enviarán las listas de candidatos al Ministerio de Salud.

Art. 32. Los tres representantes de las facultades de medicina legalmente aprobados, serán propuestos por éstas a través de la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina, ASCOFAME.

ARTICULO 67. En cada Departamento, Intendencia o Comisaría se constituirá un Tribunal Seccional Ético Profesional.

ARTICULO 68. El Tribunal Seccional de Ética Médica estará integrado por cinco profesionales de la medicina elegidos por el Tribunal Nacional de Ética Médica de conformidad con lo establecido en el artículo 73, escogidos de listas presentadas por los Colegios Médicos correspondientes, cuyo número en cada caso no podrá ser inferior a diez profesionales, salvo cuando en el respectivo territorio no existiere este número con el lleno de las calidades que más adelante se señalan.

NOTA: El procedimiento a seguir por el Tribunal Nacional para la elección de Tribunales Seccionales, lo establece el artículo 72

ARTICULO 70. Los miembros de los Tribunales Seccionales de Ética médica serán nombrados para un período de dos años pudiendo ser reelegidos y tomarán posesión de sus cargos ante la primera autoridad política del lugar, o ante aquella

en quien ésta delegare la facultad de adelantar la diligencia. Conc. D. 3380/81. Art. 33, 35, 36, 37 y 38.

Art. 33. Los miembros de los Tribunales de Ética Médica ejercerán sus funciones mientras no sean reemplazados.

Art. 35. Cuando por cualquier causa sea imposible el funcionamiento de un Tribunal Seccional de Ética Médica, el conocimiento de los procesos corresponderá al que señale el Tribunal Nacional.

Art. 36. Los Tribunales Seccionales de Ética Médica iniciarán funciones a partir del 1º. De julio de 1982 o desde la fecha que el Ministerio de Salud obtenga la aprobación presupuestal correspondiente.

Art. 37. Cuando el Tribunal Nacional o Tribunales Seccionales se produzca vacante de uno o varios de sus cargos, éstos serán provistos para el período restante por uno de los profesionales que figuraban en la lista inicial, o, por profesionales escogidos de nuevas listas, discreción de la persona o entidad que deba hacer el nombramiento o elección.

Art. 58. Para reemplazar en caso de impedimento o recusación de uno o varios de los miembros de los Tribunales de Ética Médica, se hará un sorteo entre los médicos no elegidos integrantes de las últimas listas de candidatos para conformar el respectivo Tribunal.

ARTICULO 71. Los Miembros de los Tribunales Ético Profesionales Nacional y Seccionales deberán pertenecer, si fuere posible, a diferentes especialidades médicas.

ARTICULO 72. El Tribunal Nacional de Ética Médica enviará en las oportunidades en que elija Tribunales, los nombres de sus integrantes al Ministerio de Salud para que, si lo considera conveniente, manifieste su oposición al nombramiento de cualquiera de los miembros del Tribunal sometido a su consideración. El nombramiento se entenderá perfeccionado y considerado en firme si pasados treinta días hábiles, contados a partir de la fecha de recibo de la consulta por parte del Ministerio, éste no se hubiere pronunciado sobre el particular.

ARTICULO 73. Los Tribunales Ético Profesionales en ejercicio de las atribuciones que se les confiere mediante la presente Ley, cumplen una función pública, pero sus integrantes por el solo hecho de serlo no adquieren el carácter de funcionarios públicos.

ARTICULO 66. Los miembros del Tribunal Nacional de Ética Médica serán nombrados para un período de dos años, pudiendo ser reelegidos y tomarán

posesión de sus cargos ante el Ministerio de Salud. Conc. D. 3380/81 Art. 33. 34. 37 y 58.

Art. 34. El Tribunal Nacional de Ética Médica iniciará funciones a partir del 1º. De julio de 1982 o desde la fecha que el Ministerio de Salud obtenga la aprobación presupuesta correspondiente.

6.5.3 Requisitos para Ser Miembro de los Tribunales. De la misma forma están descritos en la Ley 23 de 1981:

ARTICULO 65. Para ser miembro del Tribunal Nacional de Ética Médica se requiere:

- a) Gozar de reconocida solvencia moral e idoneidad profesional.
- b) Haber ejercido la medicina por espacio no inferior a quince años o haber desempeñado la cátedra universitaria en facultades de medicina legalmente reconocidas por el Estado por lo menos durante cinco años.

ARTICULO 69. Para ser miembro del Tribunal Seccional de Ética Médica se requiere:

- a) Gozar de reconocida solvencia moral e idoneidad profesional.
- b) Haber ejercido la medicina por espacio no inferior a diez años, o durante por lo menos cinco años haber desempeñado la cátedra universitaria en facultades de medicina legalmente reconocidas por el Estado.

6.5.4 Decisiones.

ARTICULO 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: Escrita pero privada, Escrita y pública o 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. Conc. D. 3380/81. Art. 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55 y 56.

Art. 48. La amonestación privada consiste en la reprensión privada y verbal que se le hace al infractor por la falta cometida.

Art. 49. Se entiende por censura la reprobación que se hace al infractor por la falta cometida.

Art. 50. La censura escrita pero privada se hará mediante la entrega por parte del Tribunal de una copia de la decisión del mismo, al infractor sancionado.

Art. 51. La censura escrita y pública se aplicará mediante la lectura de la decisión en sala plena del Tribunal y será fijada en lugar visible de los Tribunales por diez (10) días hábiles.

Art. 52. La censura verbal y pública será dada a conocer al infractor, mediante la lectura de la decisión ante el Colegio Médico correspondiente y la fijación de la misma, en lugar visible de la sede de los Tribunales por diez (10) días hábiles.

Art. 53. Toda decisión del Tribunal Nacional y de los Tribunales Seccionales constará en el informativo. La decisión que conlleve a imponer como sanción la censura, o la suspensión, será transcrita al profesional sancionado, al Tribunal Nacional o Seccionales, y si es de carácter público será además fijada en lugares visibles de las sedes de los Tribunales, Ministerio de Salud y la Federación Médica Colombiana.

Art. 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.

Art. 55. La reincidencia del profesional en la comisión de la falta dará lugar por lo menos a la aplicación de la sanción inmediatamente superior.

Art. 56. Para los efectos del artículo anterior, entiéndese como reincidencia la comisión de la misma falta, en dos o más ocasiones, durante un período no mayor de un (1) año.

6.6 LOS PROCESOS ÉTICO-PROFESIONALES – COMPETENCIAS Y RECURSOS

El Proceso Disciplinario Ético Profesional esta contenido en Título III, Capítulo 2 de la Ley 2381 de 1981 y en su Decreto Reglamentario 3380 de 1981.

El proceso disciplinario ético profesional será instaurado: de oficio, por solicitud de una entidad pública o privada o cualquier persona; en cuyo caso debe anexarse alguna prueba sumaria. Aceptada la queja, se designará a un miembro para que se instruya el proceso disciplinario y presente sus conclusiones en un término no superior a quince (15) días hábiles, mismo que podrá ser ampliado por otro término igual a solicitud del Instructor. En esta etapa se practicarán todas las

pruebas y diligencias que se consideren necesarias, incluyendo los testimonios, mismos que se recibirán bajo la gravedad del juramento. Todas las actuaciones deben hacerse por escrito.

Si en concepto del presidente del Tribunal o del profesional instructor, el contenido de la denuncia permite establecer la presunción de violación de normas de carácter penal, civil o administrativo, simultáneamente con la instrucción del proceso disciplinario, los hechos se pondrán en conocimiento de la autoridad competente

Con la finalidad de preservar el Debido Proceso y el Derecho de Defensa, el Instructor o el profesional acusado podrán asesorarse de abogados titulados.

Presentado el informe de conclusiones, el Tribunal en pleno se ocupará de su conocimiento dentro de los quince días hábiles siguientes; pudiendo solicitar ampliación del informe en un término no superior a quince (15) días. Una vez Estudiado y evaluado tomará cualquiera de las siguientes decisiones:

- a) Declarar que no existe mérito para formular cargos.
- b) Declarar que existe mérito para formular cargos por violación de la ética médica, caso en el cual, se le notificara por escrito al profesional inculcado, señalando claramente los actos que se le imputan, fijándole fecha y hora para que el Tribunal en pleno lo escuche en diligencia de descargos.

La diligencia de descargos se realizará entre los diez (10) y los veinte (20) días hábiles, contados a partir de la fecha de recibo de la comunicación en la cual se señalan los cargos, salvo casos de fuerza mayor. El inculcado podrá solicitar las pruebas que considere convenientes, las que se practicarán siempre y cuando sean conducentes dentro de la investigación. Contra el auto que deniegue pruebas podrá interponerse el recurso de Apelación.

El Tribunal podrá solicitar la ampliación de la diligencia de descargos, fijando un término no superior a quince (15) días hábiles y la decisión de fondo deberá tomarse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al plazo concedido.

Si no solicita ampliación de la de la diligencia de descargos se pronunciará de fondo dentro de los quince (15) días siguientes a la audiencia que lo escucho en descargos.

Las decisiones de los Tribunales de Ética Médica se adoptarán por mayoría absoluta de votos y serán firmadas por todos; quien no esté de acuerdo con la decisión tomada podrá salvar su voto y así lo hará constar.

Para poder sesionar los Tribunales se requiere la asistencia de la mayoría absoluta de los integrantes. Si uno de los integrantes no puede asistir a las sesiones por caso fortuito o fuerza mayor, éste será reemplazado por otro profesional que hubiere hecho parte de la lista de aspirantes a integrarlo y que no

hubiera sido escogido; o en su defecto se solicitará a la Federación Médica Colombiana, a la Academia Nacional de Medicina y a las facultades de medicina el envío de una nueva lista.

La notificación del pronunciamiento de fondo se hará personalmente al profesional acusado dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de cada una de estas decisiones; pasado este término se notificará por medio de edicto.

Contra de las sanciones consistentes en amonestación privada o censura, únicamente es procedente el recurso de reposición ante el respectivo Tribunal, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de su notificación.

La sanción consistente en la suspensión en el ejercicio de la medicina hasta por un lapso de seis (6) meses, es susceptible del recurso de reposición para ante el Tribunal que la impuso, dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de su notificación, o del de apelación para ante el Tribunal Nacional de Ética Médica, dentro del mismo término.

La sanción consistente en la suspensión en el ejercicio de la medicina hasta por cinco (5) años, solo podrá ser impuesta por el Tribunal Nacional Ético Profesional y en su contra son procedentes los recursos de reposición para ante el mismo Tribunal, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la sanción, o el subsidiario de apelación para ante el Ministerio de Salud, dentro del mismo término.

En lo no previsto en la Ley 23 de 1981 y su Decreto reglamentario, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.

6.7 LA NATURALEZA DE RESPONSABILIDADES

6.7.1 Elementos necesarios para que se declare la Responsabilidad Civil. Tradicionalmente se había dicho, (hermanos Mazeau) que para que hubiera responsabilidad civil se requería: Daño, culpa y relación de conexidad entre culpa y daño

6.7.1.1 El Daño. Tomamos algunas definiciones de Daño, expresadas por algunos doctrinantes:

De Cupis: “Daño no significa mas que nocimiento o perjuicio, es decir aminoración o alteración de una situación favorable”

Fernando Hinestrosa: “Daño es lesión al derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima a la vez que el padecimiento moral que la acongoja”.

Tamayo Jaramillo: “Daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial”

Juan Carlos Henao: “Daño es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima”

Pero para que exista responsabilidad no basta con el daño, se requiere pasar a la 2ª etapa: a la Imputación, es decir poder atribuirle a un eventual responsable, el daño causado. Es un tema complicado donde se meten todas las teorías de conexidad, lo que busca es poder atribuir ese daño a una persona distinta de la víctima misma.

Ahora puede suceder que aunque se le impute a una persona el daño, ésta no tenga la obligación de repararlo y ahí es donde viene el FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD, es decir que ese daño sea antijurídico y que la víctima no tenga el deber de soportarlo. De tal forma para que surja la responsabilidad civil se requiere que haya DAÑO, IMPUTACION y FUNDAMENTO, ese fundamento es en el fondo el DAÑO ANTIJURIDICO de que habla el Art. 90 de la C.P. de 1991 que a su turno no es más que la sumatoria de todas las teorías que justifican la responsabilidad.

DAÑO, es la palabra mas utilizada en todas las sociedades, en todos los tiempos

Es un concepto que tiene un contexto social impresionante. No pueden existir sociedades sin daño. El desarrollo mismo supone la existencia del daño. Frente al irremediable advenimiento de daños que hay en toda sociedad, las sociedades tienen forma de solucionarlos; o las víctimas en algunas ocasiones, tienen que soportarlos o, empiezan a operar los sistemas de seguridad social y solidaridad social. Entre mayor responsabilidad exista menor daño habrá y entre menor responsabilidad mayor daño y más necesidad de fortalecer las instituciones que soportan la existencia de la Responsabilidad Civil como una forma eficaz de llegar a una justicia social avanzada.

Reglas a tener en cuenta:

- 1) El daño es el primer elemento que debe estudiarse en un proceso de responsabilidad civil; es decir, cuando a un litigante le llega un caso de responsabilidad civil, lo primero que tiene que averiguar es: ¿Cuál fue el daño, que paso?, si no existe daño, no existe responsabilidad. El daño no se presume.

- 2) El Daño es requisito necesario más no suficiente para que se declare la responsabilidad civil.
- 3) El daño debe ser probado por quien lo sufre. “Al autor le incumbe la carga de la prueba” Esta regla está estipulada en el art. 177 del C.P.C. que establece que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagra el efecto jurídico que ellas persiguen. Lo importante en materia de daño es la prueba de su existencia y no de su cuantía.
- 4) EL DAÑO DEBE SER INDEMNIZADO PLENAMENTE, es lo que llaman la indemnización plena o integral del daño; la reparación del daño debe dejar indemne a la persona, esto es como si el daño no hubiere ocurrido o al menos en la situación más próxima a la que existía antes del suceso. Es el objeto de la responsabilidad civil: La traslación patrimonial a favor de la víctima, Es la famosa frase que dice “Que se indemnice el daño, nada más que el daño y solamente el daño”. Lo ha dicho la Corte Constitucional, *“El resarcimiento del perjuicio debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado mas no puede superar ese límite”²⁰*.

La jurisprudencia toma como sinónimos daño y perjuicios; sin embargo, es útil hacer la distinción tomando la frase del profesor francés Bénéoit, quien no desarrolló el tema; él decía:

“El daño es un hecho, es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad o de una situación.”. El perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan para la víctima del mismo.”

Mientras que el daño es un hecho que se constata, el perjuicio es al contrario una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada. Daño es el hecho, perjuicio son las consecuencias de ese daño sobre el patrimonio que va a pedir la indemnización.

Todo perjuicio debe provenir de un daño, pero no todo daño genera el mismo perjuicio; es una relación de causalidad de causa –efecto entre daño y perjuicio.

Para que un daño exista se requiere:

- 1) Que sea personal: significa que el perjuicio sea sufrido por la persona que solicita reparación, en esto viene a coincidir la noción del carácter personal del daño con la legitimación in causa por activa. El carácter personal del daño depende de la forma como uno pida, o yo pido para si (petición para si) o pido para el colectivo (petición para el colectivo) en ejercicio de las Acción Popular;

²⁰ Sentencia C-197 del 20 de mayo de 1993.

La noción de DAÑO PERSONAL supone no solamente situaciones jurídicamente protegidas sino también principio de tolerancia bajo la erigida del principio de la confianza legítima²¹.

2) Que sea cierto: la jurisprudencia ha planteado el principio según el cual el perjuicio cierto²² es el perjuicio actual o futuro a diferencia del eventual; es decir un daño es cierto o es eventual, un daño es cierto o es hipotético. El daño futuro no excluye el daño cierto, es decir un daño cierto puede ser futuro, eso dependerá de peritaje médico o del peritaje que corresponda en su momento determinado. Puede ser:

➤ **Daño Consolidado:** Es un daño pasado, que ya agoto sus posibilidades expansivas, es decir que ya se consumo en su totalidad.

Esta hipótesis de daño consumado que es un daño pasado respecto del momento que yo voy a hacer la reclamación. Este daño no plantea dudas respecto de su certeza.

Lo importante de este tipo de daños es que uno no va a cuestionar la certeza o la virtualidad del daño porque es imposible cuestionarla en sí mismo, sino lo que uno puede hacer máximo como contraparte, es cuestionar la prueba que soporta la certeza del daño. Ej. Gasto hecho por el demandante para restablecer salud, entre el accidente y la curación definitiva, gastos funerarios, etc²³.

➤ **Daño No consolidado:** que puede presentarse de dos formas:

- **Daño No consolidado a partir de una situación Existente:** lo único que el juez va a poder hacer es buscar la certeza racional de la proyección del daño hacia el futuro del mismo y es en esa futuridad es donde va a estar el debate sobre si el daño es cierto o es eventual.

La viuda de 40 años de edad, dice mi marido ganaba \$2.000.000 de pasos mensuales, págúenme eso hasta la vida probable; pero la discusión de la certeza es si yo puedo proyectar de los 40 años a los 74 años que es la expectativa de vida, o si me pueden decir, no su marido era fumador y diabético; por lo cual ellos tienen una vida probable menor o si tenían problemas de pareja y estaban a punto de separarse.

¿Cómo operan en casos de vida esta proyección?

²¹ CONSEJO DE ESTADO. Exp. 11577 Septiembre 26 de 1996. Mag. Pon. Dr. Carrillo Ballesteros. Sección Tercera.

²² CONSEJO DE ESTADO. Exp. 8998 Junio 2 de 1994. Mag. Ponente Dr. Uribe Acosta. Sección Tercera.

²³ CONSEJO DE ESTADO. Exp. 8023 Febrero 17 de 1994. Mag. Ponente Dr. Betancur Jaramillo. Sección Tercera

Entre esposos, se da la indemnización de lucro cesante hasta la vida probable del primero de los dos que habría de morir. Ej. Si el fallecido tenía 40 años pero la mujer que dependía de él tenía 45 años, entonces la extensión no va a ser hasta la vida probable del de 40 sino hasta la vida probable de la mujer porque ella debería morir primero, por la ley de la naturaleza.

En caso de hijos: matan al padre o a la madre o a los dos y sobrevive el hijo. El tiene derecho a tener una indemnización. ¿Hasta cuando?

Mayoría de edad: porque jurídicamente puede valerse por sí mismo.
Hasta los 25 años: Edad de establecimiento o de armar rancho aparte²⁴.

Excepción: Salvo en el caso en que el hijo no pueda valerse por sí mismo, entonces se da hasta la vida probable de fallecimiento del padre.
Cuando un padre demanda indemnización por la muerte del hijo entonces la lógica es que se da indemnización hasta la edad de establecimiento del hijo (25 años)²⁵.

Ej. El padre tiene 50 años, el hijo fallecido que le ayudaba tiene 20, hay 5 años de indemnización a favor del padre, porque se supone que hasta los 25 años le iba a ayudar.

Lo importante de este tema es que son presunciones legales o sea que admiten prueba en contrario pudiendo ser desvirtuables dentro del proceso.

- **Daño No consolidado a partir de una situación Inexistente.** Es la hipótesis más importante sobre la certeza del daño, por que es la más polémica y la más compleja. Aquí, el juez va a tener que hacer dos tipos de raciocinio:

La proyección hacia el futuro y ver si cree o no en esa proyección hacia el futuro y si destruye o no esa proyección, Ej. El paciente con cáncer terminal a quien le pegan un tiro y fallece.

El juez tiene que razonar para ver si el cambio de situación que invoca el demandante se habría de producir, es lo que se llama la TEORIA DE LA PERDIDA DE UNA OPORTUNIDAD.

La lógica de la teoría de la perdida de una oportunidad, es que toma el sentido evolutivo de la vida, todo el mundo quiere mejorar y el problema es que no se puede siempre rescatar cual es la tendencia de las víctimas, para saber para

²⁴ Exp. 5666 Julio 12 de 1990. Mag. Ponente Dr. Uribe Acosta. Sección Tercera Consejo de Estado

²⁵ CONSEJO DE ESTADO. Exp. 8273 Febrero 25 de 1994. Mag. Ponente Dr. Betancur Jaramillo. Sección Tercera.

donde iban, cuyo objeto es obtener la indemnización. La prueba es una prueba de probabilidades, nunca es plena prueba.

La indemnización a que se tiene derecho depende de la probabilidad que yo logre establecer como razonable, eso es lo que va a marcar la indemnización y si yo llego al 100% como razonable, tengo derecho a ese 100%.

De lo que se trata es dar una convicción razonable de que eso que no paso, iba a pasar, ahí es donde esta la prueba. Esto se utiliza mucho en responsabilidad médica.

La pérdida de una oportunidad también puede presentarse en los eventos en que el demandante alega no haber tenido la posibilidad de obtener curación de una enfermedad. Según sentencia del C. de E. Francés “Cuando un hospital no presta atención a las advertencias de la familia del interesado, sobre el estado de salud del herido, ni alerta con prontitud al cirujano que había practicado la intervención, se ve comprometida su responsabilidad por la posibilidad que tenía el señor de evitar la amputación de la pierna y perdió toda posibilidad de realizar una actividad profesional...”. Aquí el error médico me quito la posibilidad de haber quedado con pierna y eso se indemniza.

Ej.: matan a un niño de 5 años de la Comunidad Guayú, el papá dice: si no hubieran matado a mi hijo, cuando mi hijo hubiera cumplido 18 años, me hubiere ayudado hasta la muerte; por lo tanto páguenme la indemnización de los 18 años hasta la vida probable mía. La corte de 1976 dijo que eso era un perjuicio cierto dependiendo de las circunstancias, porque yo puedo demostrar que en la Comunidad Guayú, el menor que no le ayude a su padre cuando tenga 18 años, le cortan la mano; esto es un elemento de certeza del daño. Entonces lo que yo tengo que probar es que en la comunidad Guayú, no se mueren los niños de los 5 a los 18 años llevando estadísticas.

Ej., si yo hubiera tenido la oportunidad de correr mi caballo, me hubiera ganado la carrera, como no tuve la oportunidad de correr el caballo, no me gane la carrera, páguenme el premio.

Ej., si yo hubiera tenido la oportunidad de que me calificaran legalmente me hubiera ganado el contrato, lo cual me habría reportado utilidades, pero como no fue así, páguenme las utilidades.

Ej., si un paciente con Trauma Cráneo Encefálico severo internado en un Hospital de III nivel, hubiera tenido la oportunidad de que lo valorará el neurocirujano solicitado, hubiera tenido la oportunidad de que le hagan el diagnóstico rápidamente y sea llevado a cirugía, lo que habría podido salvar la vida del paciente; como no tuvo la oportunidad de que lo valorará el Neurocirujano, no se salvo; por lo cual páguele los daños y perjuicios ocasionados.

6.7.1.2 La Imputación. Traemos algunas definiciones de los doctrinantes

BIALLD: Imputación: *“Es la atribución de la carga de reparar al autor de un hecho dañino o reparación de esta carga entre varios coautores”*

BRARD: *“Imputar el daño a una persona es colocar la causa o las causas escogidas a la cuenta de una o varias personas físicas o jurídicas, es decir determinar las personas que son susceptibles de responder del daño”.*

HENAO: *“Imputación es la atribución jurídica de un daño causado por uno o varios hechos dañinos, predicables de una o varias personas, que deberá en principio responder”*

Se trata de afirmar que ES UNA ATRIBUCIÓN JURÍDICA y no necesariamente material, o sea lo importante es que sea jurídica. La diferencia es que cuando yo hago una atribución jurídica es más sólida la Imputación, porque normalmente cuando yo imputo el daño a una persona estamos frente a la hipótesis de RESPONSABILIDAD POR ACCION. Si yo imputo el daño a una persona no porque ella hubiera causado el daño sino porque permitió que se causara, estamos frente a la hipótesis de la de RESPONSABILIDAD POR OMISION.

La tendencia general de la doctrina y de la jurisprudencia es que es más difícil que haya responsabilidad por omisión que responsabilidad por acción.

Lo importante es que SE ATRIBUYA JURÍDICAMENTE HECHOS DAÑINOS, atribución jurídica que no necesariamente es material, si es material tanto mejor, pero puede ser jurídica por la vía de la omisión, en donde a uno no le este diciendo usted causo el daño o fue que lo dejo causar. Entre mas hechos dañinos yo impute mayor posibilidad de que me prosperen las suplicas de la demanda; es decir lo que traba la litis en el proceso de responsabilidad civil son los hechos dañinos, eso es lo que permite el ejercicio del derecho de defensa.

- **Objeto de la imputación:** El punto clave es que se trata de ATRIBUIR los hechos dañinos al autor del daño, con la finalidad de establecer una relación de causalidad entre el daño y el autor del daño; relación de causalidad que se va a concretar en los hechos dañinos que yo le imputo al autor del daño.

En un proceso de responsabilidad civil lo que se trata de establecer, es que el daño fue producido por uno o varios hechos dañinos que se atribuyen a tales autores; culpa o no, no importa, porque eso es fundamento de la responsabilidad.

Se considera que es sobre los hechos dañinos, que posteriormente se va a predicar las teorías que justifican la responsabilidad. En el proceso de imputación lo que se trata de buscar no es culpables sino autores de daños.

Lo que se trata de imputar en el proceso de responsabilidad civil es distinto del penal. La autoría es diferente de la culpabilidad, uno puede ser autor sin tener culpa, lo cual en derecho penal de pronto ocurre.

CARRARA dice: “Solo después de que tenga el resultado de tres proposiciones podrá el juez decirle al ciudadano, le imputo este hecho como delito: Las tres etapas que se requieren para llegar al juicio final son las siguientes:

- Imputación Física: el juez le dice al procesado tú lo hiciste
- Imputación legal: el juez encuentra al ciudadano y le dice, la ley considera tu hecho como delito
- Imputación Moral: en virtud de que obraste con conciencia y voluntad libre (que es el presupuesto de la culpa) te imputo este hecho como delito.

Esto no ocurre necesariamente en derecho privado. En el proceso de imputación vamos a buscar autores no culpables. La Imputación trata de explicar la relación de causalidad que hay entre el daño, el hecho dañino y el autor del daño; lo cual nos obliga a estudiar las teorías de la causalidad.

6.7.1.2 Teoría de la Equivalencia de Condiciones. Los HERMANOS MAZO, dicen: “La Teoría de la Equivalencia de Condiciones o de la Condición sine quanon, ha sido deducida por el jurista VON BURI, para este autor debe ser examinada una sola cuestión: Si el demandado no hubiere obrado, se hubiere producido el daño? Desde el momento en que, sin la intervención del demandado, no se hubiere producido el daño, esa intervención es la causa del daño, el titular debe reparación; es decir todos los acontecimientos que hayan concurrido a la realización de un perjuicio son por tanto causa de él, no se puede hacer distinción entre ellos, es la llamada Tesis de la equivalencia de Condiciones, en donde lo único que yo tengo que demostrar es que el hecho que se me atribuye dentro de la cadena causal fue necesario para que el daño se produjera “.

TAMAYO, dice: “de acuerdo a esta teoría, todos los fenómenos que participaron en la cadena causal que desembocó en la producción del daño y sin los cuales éste no se hubiere producido, deben considerarse como causas equivalentes del mismo”. A partir de esta teoría se consideró, que la cadena causal se hacia demasiado infinita en términos de responsabilidad civil.

YESID REYES: dice: “esa teoría se critica, porque todos terminaríamos siendo responsables de todo”.

6.7.1.3 Teoría de la Causalidad Adecuada. Fue proclamada por el Alemán BON KRIES, se afirma que es la teoría con la que funcionan los sistemas jurídicos de responsabilidad, la jurisprudencia dice que esta es la teoría que se aplica.

Esta teoría supone que: *“Un acontecimiento no puede ser considerado como la causa de un daño por el solo hecho de que se haya comprobado que sin ese acontecimiento el perjuicio no se habría realizado”.* Entre todos los acontecimientos que concurren a la realización de un daño, que son condiciones de él, no todos son su causa. Solo puede ser considerados como causa o perjuicio, los acontecimientos que deberían producirlo normalmente, se precisa que la relación entre el acontecimiento y el daño que resulte de él, sea adecuada y no simplemente fortuita, de ahí que se llame LA TEORIA DE LA CAUSALIDAD ADECUADA”.

Sentencia del 22 de mayo del 97 con ponencia del Mag. Ricardo Hoyos, expediente 97202, autor Amalia Moscoso, en donde se afirma que: “Sostener como lo hace el autor que la muerte ocurrió, porque el soldado no gozo oportunamente al derecho de descanso no pasa de ser una simple e inadmisiblesuposición que recuerda una absurda teoría de la causalidad como es la de la Equivalencia de Condiciones”. Era la hipótesis de un soldado que se suicida y el demandante decía que se había suicidado porque no se le había dado descanso; porque esta bien que no le hubieran dado descanso, pero es que normalmente no todos los soldados a quien no se les da descanso se suicidan.

6.7.1.4 Etapas del Proceso de Imputación. Partiendo de la premisa que sólo puede ser imputado un resultado, cuando el riesgo creado por el agente es el mismo que se concreta en la lesión del bien jurídico

A. LA ESCOGENCIA INMEDIATA DE LA CAUSA DEL DAÑO

En esta etapa de lo que se trata es de responder a la pregunta ¿Qué produjo el daño? Nos ubicamos en un nivel estricto de causalidad material. En este tema no se inmiscuyen juicios de valor de ninguna clase, simplemente se trata de decir que la causa X produce el daño Z.

De lo que se trata es de probar que el hecho activo que yo estoy cogiendo como causa del daño, es el que realmente produjo el daño; es decir que entre ese hecho activo que yo estoy escogiendo y el daño no se intercala otra causa que tiene una entidad propia para justificar el daño, por que si la hay hace que la causa que yo escogí desaparezca como causa inmediata del daño.

B. ATRIBUCION DE LA CAUSA INMEDIATA DEL DAÑO

En esta etapa, nos preguntaremos ¿Quién o qué desato el mecanismo que une la causa inmediata con el daño?, vamos a poder decir que la persona X o el hecho Z fue la que produjo la causa inmediata del daño

Aquí se trata de una atribución, pero no de una atribución con ingrediente de enjuiciamiento o culpabilidad se trata de una atribución material, de cadena causal material, simplemente digo: disparo: sicario; avalancha – volcán; caída-víctima.

C. LA ESCOGENCIA DE LOS HECHOS DAÑINOS

HECHO DAÑINO es aquel hecho que tenga la virtualidad o posibilidad de haber producido el daño. De lo que se trata es de escoger hechos dañinos dentro de la infinita cadena de causalidad para saber cuales son los que le voy a imputar, porque tienen la virtud de trabar la litis y permitir el ejercicio del derecho de defensa.

Esta es la etapa más importante dentro del proceso de imputación, porque en el proceso de responsabilidad civil en cualquier área contractual o extracontractual, lo que hace es imputar hechos dañinos. El objetivo dentro de un proceso de responsabilidad civil es tratar de escoger la mayoría de hechos dañinos que uno pueda

Hipótesis que se pueden dar:

De si la causa inmediata se convierte o no en hecho dañino, por haber sido causa inmediata activa

O si la causa inmediata no es el mismo hecho dañino, porque el hecho dañino es omisivo. Aquí no se la logre atribuir al responsable, por que es un hecho natural, o de la víctima o de un tercero; aquí normalmente tengo que buscar la causa inmediata en una omisión en la cual recae la responsabilidad.

¿Cómo se escoge ese hecho dañino?

Cuando hay coincidencia entre la causa inmediata y el hecho dañino, esta es la hipótesis en donde lo que yo imputo es un hecho dañino activo, una acción, ¿cuál acción? La causa inmediata.

Si no hay coincidencia entre la causa inmediata y el hecho dañino, EL HECHO DAÑINO VA A SER LA OMISION ANTERIOR A LA CAUSA INMEDIATA.

Se presenta así: cuando no hay coincidencia entre causa inmediata y hecho dañino significa que la causa inmediata no esta vinculando por sí mismo la responsabilidad de la Administración. De lo que se trata es de escoger hechos

daños dentro de la infinita cadena de causalidad para saber cuales son los que le voy a imputar, porque tienen la virtud de trabar la litis y permitir el ejercicio del derecho de defensa.

En esas hipótesis, lo que se trata es de demostrar la omisión que justifica causalmente la producción de la causa inmediata

En el ejercicio profesional de la actividad médica o de las ciencias de la salud, también los médicos con su actuar pueden causar daños con su conducta, ya sea por acción o por omisión; mismos que van a causar un perjuicio en la salud de los pacientes y cuyos hechos dañosos puedan ser imputados al profesional o la institución, como lo explicamos anteriormente.

Se pueden ocasionar el delito de Lesiones Personales. El Código Penal lo tipifica en el Artículo 111 del Título I, "Delitos contra la vida y la integridad personal". *Lesiones: El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los...*

Desde el punto de vista de la medicina forense, se definen las lesiones personales como: "Cualquier daño del cuerpo o de la salud orgánica o mental de un individuo llamado lesionado, causado externa o internamente por mecanismos físicos, químicos, biológicos o psicológicos, utilizados por un agresor, sin que se produzca la muerte del ofendido". La autoridad competente solicita al Médico Legista un peritazgo médico legal.

La utilidad jurídico-procesal del dictamen, en este caso está dada por la naturaleza de la lesión, que es uno de los apartes del dictamen, en el cual el perito médico diagnostica y precisa la Lesión que presenta el paciente, de manera que queda probado técnicamente que la persona sufrió un daño en el cuerpo o en la salud. Por ejemplo, al decir el perito que el paciente sufrió una herida, una fractura, una equimosis o una intoxicación; este diagnóstico se traduce en que efectivamente el paciente sufrió un daño.

Las lesiones personales en nuestra jurisprudencia han sido consideradas delitos de resultado, de manera que siempre tiene que haber un menoscabo demostrable en el cuerpo o en la salud; la sola intencionalidad o las acciones conducentes a ocasionar lesiones sin que se produzca un daño no son consideradas delito de lesiones personales, a diferencia del homicidio, que admite la tentativa.

De esta manera, las acciones conducentes a cometer un homicidio pueden corresponder a una tentativa de homicidio. En lesiones personales no existe la tentativa. Por otra parte, el resultado del delito de lesiones personales jamás será la muerte, porque se tipificaría el delito de homicidio que sería el otro daño que la persona podría sufrir; mismo que se prueba con el Certificado de Defunción.

D. LA ESCOGENCIA DE LA PERSONA PUBLICA LLAMADA A RESPONDER

Si se han identificado los hechos dañinos, tenemos que ver a quien yo le puedo imputar esos hechos dañinos dentro de la gran maquinaria pública.

- **La Responsabilidad De Los Servidores Públicos:** aquí lo que pretendemos esclarecer es hasta donde el hecho de un servidor público que cause un daño, puede permitir que se le impute ese daño al Estado

La Doctrina ha establecido 3 criterios:

- **CRITERIO ORGANICO:** En virtud del criterio Orgánico, es responsable la persona a la cual el servidor público o el bien que causo el daño pertenecen orgánicamente. Es decir es un criterio de adscripción formal de nómina, de pertenencia.

- **CRITERIO FUNCIONAL:** Indica que es responsable la persona pública por los hechos dañinos ocurridos o acaecidos en ejercicio o con ocasión del ejercicio legítimo de sus competencias. Ese criterio funcional indica que si en desarrollo de la competencia de tal persona pública se comete el daño, esa persona pública será la llamada a responder.

- **CRITERIO DECISIONAL:** Supone que es responsable la persona pública que tiene el poder de decisión sobre la actividad o la cosa dañina, con independencia de que sea asignado a nivel de competencia.

De lo que se trata es de buscar: sobre que patrimonio la víctima va a obtener reparación, es decir cuál es la persona pública que en virtud de las reglas de fondo tiene que ser condenada a indemnizar el daño que se le imputa.

Precisiones sobre este tema:

La escogencia de las personas demandadas tienen que ser todos en forma principal, es decir uno no puede demandar unas personas en forma principal y otras en forma subsidiaria y en el caso de que sean varias se predica la solidaridad.

Se tiene que escoger a una persona que en efecto sea sujeto de derechos, que tenga personería jurídica. la posición actual del Consejo de Estado, es que puesto que el C.C.A. exige notificar al mas alto representante de la entidad pública demandada y se subsana cualquier defecto formal que haya en donde uno demande a la Nación Colombiana y en esa medida vale demandar solamente a la Nación, pero técnicamente lo correcto es especificar porque así lo exige el C.C.A. para efectos de notificación.

En el evento de duda razonable sobre la persona pública y/o privada que deba ser demandada, se debe demandar a todos, porque no se puede correr el riesgo de que se le quede el que era por fuera.

E. CAUSALES EXONERATIVAS

Tiene como función infirmar o confirmar la imputación que hemos hecho hasta el punto D. Es decir reestablece a nivel de lo real las causalidades que nos ha logrado permitir la imputación en la persona pública que escogimos en el hecho D. Entonces la causal exonerativa, cumple la función de revisar lo que se ha hecho dentro del proceso de imputación. Una imputación solo es definitiva una vez haya pasado por el prisma de la causal exonerativa, mientras tanto no lo es.

1) Fuerza Mayor: Es un hecho conocido, exterior a la causa directa del daño e irresistible, es decir aunque no imprevisible si inevitable.

Para Moreau: *“la fuerza mayor es un hecho conocido, extraño a la causa directa e inmediata del daño e irresistible”*.

Para De Chapius: *“Según la jurisprudencia, un hecho constituye caso de fuerza mayor cuando reviste las 3 características siguientes:*

- Exterioridad respecto al demandado y de las cosas que de él depende
- Imprevisibilidad en su acaecimiento
- Irresistibilidad en sus efectos”

Comentarios sobre esta causal exonerativa:

Lo importante de la fuerza mayor, es que sea irresistible mas no necesariamente imprevisible. La Imprevisibilidad gracias al desarrollo tecnológico es cada vez mas reducida

La postura general es que la fuerza mayor libera de responsabilidad al demandado en la medida en que se considera que el daño no lo produjo él sino que lo produjo la fuerza mayor.

Pero hay unas posturas novedosas, en materia de responsabilidad en donde se afirma que la fuerza mayor a pesar de existir solo exonera en las hipótesis de responsabilidad por culpa; porque la fuerza mayor realmente no reestablece las causalidades materiales sino las jurídicas, es decir la fuerza mayor borra culpas pero no autorías. Art. 885 C.Co. Contrato de Transporte aéreo, la fuerza mayor no exonera en este contrato.

La fuerza mayor libera solo hasta sus efectos: quiere decir: que si entre la fuerza mayor y el daño se intercala otro hecho dañino, entonces se para el efecto liberatorio de la fuerza mayor hasta el advenimiento del nuevo hecho dañino.

2) Caso Fortuito: Es la causa desconocida del daño, precisando que lo desconocido se refiere no a la causa directa del daño o inmediata que debe ser conocida sino a la explicación de esa causa Ej. se desconoce la causa de la explosión de la cantera, o de la ruptura del cable.

Causa desconocida es el porque del accidente, el QUE esta claro, lo que no se sabe es el PORQUE.

Es una de las diferencias que se da con la fuerza mayor, que el caso fortuito obligatoriamente tiene que ser interior a la actividad del demandado, porque precisamente es una causa desconocida pero interna a la actividad del demandado, sino habría fuerza mayor y por eso es que doctrinariamente se diferencia de la fuerza mayor.

3) Hecho O Culpa de la Víctima: se entiende por víctima “todo administrado que ha sufrido un daño de la administración”; “la culpa de la víctima se define como una falta contra la obligación general de prudencia y diligencia”.

Una definición de los Hermanos Mazou la culpa “es un error de conducta que no habría cometido una persona advertida colocada en las mismas circunstancias externas del autor del perjuicio”.

Otra definición: “la culpa de la víctima es la violación de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado”.

La culpa es un fenómeno individual ese es el principio universal. (Por lo menos la culpa del código civil) pero el código civil establece hipótesis en las cuales, la culpa de otro se me puede achacar a mi; el código civil genera la ficción absolutamente excepcional en que la culpa de otro se me puede imputar; es el caso que habla que los tutores responderán por el hecho de sus pupilos que el padre por los hechos de sus hijos, que el patrono por los del empleado, etc. En estas hipótesis hay una correcta colectivización de la culpa de la víctima porque el sistema jurídico genera una ficción y es que una persona son dos.

La culpa de la víctima sólo exonera hasta sus consecuencias. Es decir, si entre la culpa de la víctima y el daño interfiere otro hecho dañino imputable al responsable, ahí para el efecto liberatorio de la culpa de la víctima. Este principio es fundamental entre otras porque es democrático, porque la tendencia que uno observa es que una vez incurrió en culpa el administrado, todo lo que de viene de ahí para adelante fue generado por esa culpa; cuando lo que se debe analizar es cuales son las consecuencias jurídicas de la culpa para que sólo hasta allí pueda haber exoneración de ahí para adelante es venganza, vía de hecho.

Para que la causal opere no necesariamente tiene que haber culpa de la víctima, por eso pusimos en el título hecho o culpa de la víctima, *hay hechos, no culposos*

de la víctima que sin embargo generan compensaciones o atenuación total de la responsabilidad del demandado, como es el caso de los interdictos o de los menores de edad.

Otro punto a tener en cuenta es la NEMO AUDITUR PROPIAM TURPITUDINEM. Nadie puede invocar su propia torpeza, es una regla que viene del derecho Romano que es muy significativa. *Esta regla supone que hay una culpa cualificada de la víctima que obra mediante fraude, mediante dolo, inducción en error, mala fe y que genera como consecuencia borrar de la cadena causal las fallas del servicio que hubiera podido cometer la administración.*

4) El Hecho Del Tercero. Un tercero “Es toda persona pública o privada que es diferente del demandado o de las personas de las cuales el demandado es responsable”.

El hecho del tercero se define como “la intervención en la realización del daño de una persona diferente a la deudora perseguida”. Supone pues que en la génesis del daño en teoría de causalidad intervenga un tercero que no es ni la víctima ni el demandado sin que se le pueda imputar a ese tercero la causación del daño.

La importancia en Colombia del hecho del tercero, es que esta causal a diferencia de la culpa de la víctima sólo exonera totalmente. Es decir sólo exonera cuando se atribuye el 100% de la génesis del daño al tercero, porque si hay coautoría entre terceros y responsables se genera la solidaridad.

El artículo 2347 del C.C., cuando un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas estas serán solidariamente responsables, entonces se genera la solidaridad y se genera la acción de repetición de la última frase del artículo 86 del C.C.A.

El hecho del tercero para que proceda tiene que tener las características de la fuerza mayor para que exonere, que sea impredecible e irresistible, el tercero tiene que ser un verdadero tercero es decir, completamente ajeno a la prestación del servicio público.

6.8 FUNDAMENTO DEL DEBER REPARATORIO

6.8.1 Daño Antijurídico. Tenemos claro que hay daños jurídicos y antijurídicos, eso es lo primero, hay daños jurídicos que uno tiene que soportar a pesar de que uno sepa que se lo causó tal persona, pero son daños que el derecho no indemniza por partir de una lógica sana y es que la vida en sociedad de todas maneras produce daños, el concepto de competencia, de superaciones individuales, etc., ejemplo EL IMPUESTO (daño es el primer requisito de la

responsabilidad y daño antijurídico es fundamento de la responsabilidad), el impuesto desde la perspectiva de la teoría del daño es un daño, una aminoración patrimonial, hay también imputación; lo que pasa es que es jurídico porque está autorizado (daños jurídicos: servicio militar, pena de muerte en EE.UU., la competencia leal), hay daños jurídicos y hay daños antijurídicos; entonces los únicos que indemnizan son los daños antijurídicos.

El concepto lo plasmó la constitución del 91 por primera vez en la historia constitucional de Colombia, el estado deberá indemnizar los daños antijurídicos que le sean imputables (inciso primero del artículo 90 de la Constitución) “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”, es un artículo constitucional que por primera vez trae el deber reparatorio de parte del Estado. A raíz de la aparición del concepto daño antijurídico en la constitución del 91 lo que quedó claro es que ese artículo 90 es el fundamento de toda la responsabilidad: de la contractual, de la extracontractual, la que proviene en nulidad y el restablecimiento del derecho, la laboral. El Estado sólo paga cuando se producen daños antijurídicos, no por los jurídicos.

“Es aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes de responsabilidad suponiendo la aplicación del principio *iura novi curia* sin que se viole el derecho de defensa”²⁶.

El daño antijurídico supone la existencia de todos los regímenes de responsabilidad que históricamente han existido, en este sentido, el daño antijurídico es el género que contiene varias especies; hay daño antijurídico por falla del servicio, por riesgo excepcional, por abuso del derecho, por enriquecimiento sin justa causa, por trabajo público, etc.; Lo novedoso que trae la fórmula de la constitución del 91 es que supone la aplicación del principio *iura novi curia*. Que traducido significaría algo así como Dame los hechos, yo te daré el derecho; la aplicación del principio *iura novi curia*, indica que el juez debe pasar por todas las especies que componen el género para poder decir que no es daño antijurídico. Que es lo que El Doctrinante Dr. Henao llamaba la **teoría de la espiral**; el daño antijurídico es una espiral que tiene una gran parte de falla del servicio, pero tiene otra que es riesgo y otra que es daño especial, en términos generales.

Sin violación del derecho de defensa, significa que uno puede pasar de un régimen de responsabilidad subjetivo a uno objetivo pero no a la inversa, es decir yo puedo pasar de un régimen de responsabilidad objetivo a uno subjetivo en aplicación del principio *iura novi curia* sin violar el derecho de defensa; por cuanto la responsabilidad subjetiva tiene más hechos que la objetiva, por eso es que no

²⁶ Sentencia del 1º de agosto de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero, Sentencia C-333/96 de la Corte Constitucional.

puedo pasar de responsabilidad objetiva a una subjetiva; ya que ésta envuelve hechos que no se debatieron en el proceso.

Ejemplo: en responsabilidad objetiva yo digo, caso de los animales: había cable de energía, había animales, el cable de energía cayó y mato los animales. En la subjetiva agregaría el cable estaba mal colocado. En el paso de responsabilidad objetiva a la subjetiva no se podría aplicar entonces el hecho nuevo; por cuanto da lugar a la violación del derecho de defensa.

6.8.2 Regímenes De Responsabilidad. Hasta aquí hemos hablado de daño e imputación, pero esto no basta; sino que hay que preguntarse posteriormente si la persona a la cual se le imputa el daño debe repararlo o no.

¿Que es un régimen de responsabilidad? “es el conjunto de elementos que requiere la jurisprudencia para que sea declarada en un caso concreto la responsabilidad del Estado”.

En los regímenes de responsabilidad hay dos elementos que son básicamente iguales en cualquier régimen de responsabilidad que son: El DAÑO y LA IMPUTACIÓN.

Lo que cambia es el fundamento, en unos eventos (subjetiva) sería que haya daño, imputación y falla del servicio, mientras que en otros (objetivo) sería que haya daño imputación y riesgo.

FALLA DEL SERVICIO: Es el régimen de responsabilidad más usado en la jurisprudencia, fue primeramente definida en los años 40 con una frase que hizo mucha boga a nivel internacional “hay falla del servicio cuando el servicio funcionó mal, no funcionó o funcionó tardíamente” esa definición se debió a PAÚL DUEZ, sin embargo en los años 80 vinieron PAILLET Y RICHERT quienes dicen que esta definición ejemplifica pero no define; ejemplifica cuando hay falla del servicio, y proponen la siguiente definición “la falla del servicio es la violación del contenido obligacional a cargo de la persona pública”.

Entonces para saber si en un caso concreto hay o no hay falla del servicio hay que estudiar los contenidos obligacionales que debía el Estado en el caso concreto.

Un Contenido Obligacional es la prestación debida por el deudor, en derecho de obligaciones; lo cual significa que con el Estado uno tiene que ir a la norma jurídica que es donde se marcan los contenidos obligacionales de los servidores públicos,

Hay dos posibilidades de contenidos obligacionales:

Cuando el contenido obligacional es preciso en la norma jurídica, entendida como tal los contratos.

Cuando el contenido obligacional es abstracto en la norma jurídica. Cuando hay una norma con contenido obligacional preciso, hay mayor posibilidad de sacar adelante la demanda, porque hay menos posibilidad de interpretación de Juez. Es esa discordancia entre el mandato de la norma y la conducta de la administración.

En muchas ocasiones no hay contenidos obligacionales precisos entonces nos quedan los abstractos, lo cual significa que entre más abstracto sea, mayor posibilidad de interpretación tendrá el Juez; por lo cual menor posibilidad de que prosperen las pretensiones.

6.8.2.1 Límites de los Contenidos Obligacionales. Una cosa es que el contenido obligacional este escrito y otra que el Estado disponga de los medios para hacer cumplir esos contenidos obligacionales, el punto de partida es a lo imposible nadie esta obligado, y lo segundo es que se trata de obligaciones de medio y no de resultados, eso es lo que se denomina el CARÁCTER RELATIVO DE LA FALLA DEL SERVICIO, el cual lo enuncia el Dr. RIVERO así: “la falla del servicio es un incumplimiento en el funcionamiento normal del servicio que incumbe a uno o varios agentes de la administración pero no imputable a ninguno de ellos, personalmente ese incumplimiento debe examinarse a la luz de nivel medio que se espera del servicio, variable según su misión y según sus circunstancias, estructurándose la falla del servicio cuando este servicio se presta por debajo del nivel medio, por todo ello el juez debe apreciar la falla del servicio sin referencia a una norma abstracta pero si preguntándose lo que en cada caso debía esperarse del servicio teniendo en cuenta la dificultad más o menos grande de su misión, las circunstancias de tiempo, periodo de paz, momento de crisis, de los recursos que disponía, de ello resulta que la noción de falla del servicio tiene un carácter relativo, pudiendo un mismo hecho según las circunstancias ser reputado como culposo o como no culposo”.

Dentro de los medios del servicio, vamos a mirar básicamente dos:

1.- PODERES JURIDICOS, la regla es: “si el Estado disponía de los poderes jurídicos para impedir la producción del daño y no los uso o no los agotó se confirma la falla del servicio”, por el contrario si el Estado tiene el poder jurídico y lo agotó ya no hay falla del servicio, no responde.

2.- LOS RECURSOS FINANCIEROS, es uno de los temas más complejos en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, es decir de lo que se trata es de responder a la pregunta: ¿La pobreza exculpa la prestación del servicio y hasta donde y desde donde? Tengo entonces yo derecho a que como colombiano

haya los aparatos médicos que hay en Estados Unidos, pues no; no puede haber un policía detrás de cada ciudadano.

a) Si había disponibilidad presupuestal que hubiera impedido la causación del daño y no se uso pues hay falla del servicio. Ej. El Hospital tiene habilitados los servicios de Neurocirugía, Imágenes diagnósticas; tenía la disponibilidad presupuestal para comprar el Tomógrafo y no lo compró.

b) Cuando no hay asignaciones presupuestales precisas que hubieren impedido la producción del daño, sino que hay asignaciones abstractas; aquí hay que tener en cuenta que entre más elevado sea el derecho menos posibilidad de que se exculpe el Estado por falta de dinero; donde el más elevado es el derecho a la VIDA FÍSICA, quedando más abajo el derecho a la Vida digna.

Sobre falla del servicio hay dos vertientes: la falla del servicio probada y la falla del servicio presunta

La regla general es la primera y normalmente uno debe probar la falla del servicio, pero hay campos en donde se presume la falla del servicio, por ejemplo en materia médica. En la falla presunta lo que sucede es que se atenúa la regla de la carga de la prueba; o sea que lo que yo tengo que probar es el supuesto de hecho que desata la presunción, no es que no tenga que probar nada. Ejemplo en atención en Hospitales oficiales, yo lo que no tengo que probar es la falla del servicio cuando me atendieron, pero tengo que probar es que hubo un daño y que ese daño se causo por falta de atención, o por atención tardía de dicho hospital. Probados esos extremos se invierte la carga de la prueba y se presume que hay falla del servicio por parte del Estado, entonces es al Estado a quien corresponde probar que no la hubo, por eso es que el régimen de la falla presunta del Estado, es un régimen que de todas maneras es subjetivo no objetivo, lo que pasa es que hay inversión de la carga de la prueba.

6.8.2.2 Responsabilidad Objetiva. Los dos regímenes de responsabilidad objetiva que existen básicos, generales son:

1) LA TEORÍA DEL RIESGO, es una responsabilidad objetiva en el sentido en que no tiene en cuenta y le es indiferente cualquier noción de falla del servicio, lo que justifica allí la indemnización no es que haya o no una falla del servicio, lo que justifica la indemnización es que la administración crea un riesgo excepcional que se concreta y se cristaliza y en cuya concreción se causa un daño a un asociado, entonces aquí se repara por riesgo; lo propio de la teoría del riesgo es que sea el azar, al interior de las actividades riesgosas lo que producen los daños.

Es una teoría que en Colombia ha tenido una acogida muy timorata en la jurisprudencia, el 1º precedente contundente son dos sentencias del C. de E. de

1984 2 de febrero y 8 de marzo M.P. Eduardo Suescun Tomo 106 Anales del C. de E. Pág. 545 dice fue el caso de la caída de unos cables eléctricos que mato unas vacas *“pero el que no haya existido falla del servicio no puede llevar al extremo de dejar sin reparación el perjuicio causado como lo hizo la sentencia apelada, si ocurrió el perjuicio y si esta establecido además que su causa directa fue la caída de un cable de la administración, ésta debe responder el caso en estudio corresponde precisamente a uno de los varios eventos que comprende la responsabilidad sin falta, el denominado por algunos expositores: **RIESGO EXCEPCIONAL** tiene ocurrencia cuando el Estado en desarrollo de una obra de servicio público utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuesto a un riesgo de naturaleza excepcional el cual dada su gravedad excede las cargas que normalmente deben soportar los mismos particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de la existencia de ese servicio público, si el riesgo llega a realizarse y ocasiona un daño sin culpa de la víctima hay lugar a responsabilidad de la administración así no haya habido falla del servicio”*, esta Sentencia fue aceptada con **aclaraciones de voto** que muestran el temor a esta teoría, quienes dicen que el riesgo excepcional debe tener un manejo jurisprudencial demasiado restringido porque si se generaliza se corre el peligro de la implantación exagerada e inconveniente en situaciones que llevarían a la administración a responder de todo o mejor de casi todo con el peligro de su adopción desmedida.

Entonces esta es la teoría del riesgo, se aplica básicamente en eventos en los que la jurisprudencia estima que el Estado genera riesgos excepcionales, por ej. Transporte de energía, trabajos públicos, armas, vehículos, etc.

2) **DAÑO ESPECIAL**. La teoría del daño especial es otra teoría de responsabilidad objetiva, es decir en donde el fundamento de la reparación no es la culpa ni la falla del servicio sino la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas, esta teoría apunta a que a través de la indemnización que se otorga al particular se restablezca la igualdad que ha sido rota por el daño

La teoría del daño especial supone que no hay falla del servicio supone simplemente que el Estado en una actividad lícita, en una actitud legal causa un daño, la han dado en llamar la jurisprudencia de equidad, esta es una invención propia del derecho administrativo, como si pasa con la teoría del riesgo.

El primer precedente que hubo fue el fallo el SIGLO S.A. Tomo 56 Anales del Consejo de Estado Pág. 448, Sent. del 29 de julio de 1947, caso intento de golpe de estado de López Pumarejo; la reacción del Gobierno fue Estado de Sitio, censura a los periódicos, y el Siglo duro 18 días Cerrado y demandan al Estado y el C. de E. lo que dice es que hubo daño especial, se le impuso un sacrificio especial al periódico EL SIGLO. Es un precedente muy prematuro a nivel mundial.

Solo se vuelve aplicar hasta 1973 captura del Bandolero Efraín González en Bogotá barrios unidos, el bandolero se pasa de casa en casa hasta que se atrinchera en una casa de un particular y el Estado destruye la casa; la señora demanda, en ese caso no hay culpa del Estado pues esta en ejercicio legítimo de sus poderes; pero la filosofía es un problema de equidad. Ahora se esta aplicando mucho en enfrentamientos entre guerrilla y ejercito.

Que se requiere para la aplicación de esta teoría?

Que la actividad del Estado sea lícita, legal porque si es ilegal entonces es una falla del servicio.

Que el Estado determine la producción del daño, es decir que sepa que va ha causar el daño, no es un problema de azar. Esta es la diferencia con la teoría del riesgo.

Que el daño sea especial para quien lo sufre. Esta teoría no se aplica, cuando el daño se produce a toda la sociedad. De lo que se trata es de coger el contexto jurídico, de donde se encuentre la persona, para efectos de ver que en ese contexto jurídico esa persona es especial, eso puede proceder también para grupos de personas, no a todos los ciudadanos, ni a todos los que viven en ese barrio se les causa el daño, es a esa persona.

Que el daño sea anormal. Significa, que para que esta teoría opere, no todo daño es indemnizable; solamente los daños graves, daños anormales, porque los daños normales, se entienden que son los daños que se deben soportar, como dice la jurisprudencia del Consejo de Estado, por vivir en una sociedad fluctuante, actuante y compleja.

Esa anormalidad, cómo se mide? En todo lo que tenga que ver con aspectos físicos es anormal, y lo que tenga que ver con patrimonios, va a depender del patrimonio de la víctima; la anormalidad del daño patrimonial, en el sentido de daños materiales, la anormalidad, en esos eventos se mide con respecto al patrimonio de la víctima y no con respecto a una cantidad determinada de dinero, tiene que ser grave dentro del patrimonio económico de la víctima.

De la misma forma el Daño puede constituir la muerte de una persona;

6.8.2.3 El daño en medicina. Consiste en cualquier daño del cuerpo o de la salud orgánica o mental de un individuo llamado lesionado, causado externa o internamente por mecanismos físicos, químicos, biológicos o psicológicos, utilizados por un agresor, que podrían ocasionarle la muerte.

Por daño en el cuerpo se entienden todas aquellas alteraciones que comprometen la integridad anatómica, sean internas o externas.

El daño en la salud se presenta cuando se vulnera cualquiera de Las funciones orgánicas o mentales, manifestadas clínicamente por signos o síntomas, así como alteraciones detectables por exámenes paraclínicos cuando se requiera.

La utilidad jurídico-procesal del dictamen, esta en que el perito médico diagnostica y precisa la Lesión que presenta el paciente, de manera que queda probado técnicamente que la persona sufrió un daño en el cuerpo o en la salud emitiendo su concepto en el dictamen de lesiones personales.

Si la persona muere, se expide el protocolo de necropsia y se certifica la muerte con el Certificado de Defunción.

6.8.2.4 La Culpa en Medicina. Los médicos únicamente son responsables de los efectos adversos, consecuencias dañosas o manifestaciones anti-éticas de sus actos profesionales, cuando han obrado intencionalmente, es decir, con dolo, o cuando su actuar resulta culposo o transgrediendo las normas contenidas en el contenido obligatorio o la *lex artis*.

Una conducta médica es penalmente culposa “cuando el agente realiza el hecho punible por falta de previsión del resultado previsible o cuando habiéndolo previsto confió en poder evitarlo”.

“La culpa se puede definir como una omisión de cálculo. Como una falta de previsión de un resultado desastroso”²⁷.

La doctrina jurídica dice: "...Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar...De lo expuesto se deduce que la capacidad de prever no se relaciona con los conocimientos individuales de cada persona, sino con los conocimientos que son exigidos en el estado actual de la civilización para desempeñar determinados oficios o profesiones..." (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Junio 2 de 1958)”

6.8.2.5 Imprudencia. Por imprudencia médica se entiende una actitud profesional injustificadamente apresurada o carente del juicio previo necesario para prever los resultados de la acción. Obsérvese cómo el apresuramiento que identifica la imprudencia se califica como injustificado, pues cuando la justificación hace presencia la conducta médica deja de ser imprudente para convertirse en diligente.

²⁷ GUZMAN MORA, Op. Cit.

“La imprudencia consiste en una acción temeraria que se efectúa a pesar de haberse previsto el resultado adverso que ocasionará el daño en el enfermo. Esto equivale a efectuar un acto médico sin las debidas precauciones. Es la conducta opuesta a la que aconsejarían la experiencia y el buen sentido de un especialista en determinado aspecto de la medicina, para la cual no se pueden tomar riesgos.

Todos tenemos en la sociedad un deber de cuidado. En el ámbito externo el derecho se encarga de señalar las pautas dentro de las que los asociados pueden moverse libremente, señalando como límite el derecho del otro. Esa conducta externa debe ser observada racionalmente y así el derecho castiga el error que produce daño”²⁸.

El médico no se compromete a curar, sino a proceder de acuerdo con las reglas propias de su ciencia. Este tema lo ha examinado la Corte así:

“...el médico debe actuar con prudencia, teniendo en cuenta los riesgos. Si ha procedido con la corrección que el caso requiere, el fracaso involuntario no se le puede imputar. Su obligación es disponer de los medios adecuados para la consecución del fin. Cuando no llega el resultado apetecido, no obstante el esfuerzo, la diligencia, el cuidado y la prudencia prestada, ninguna culpa le es imputable y ninguna responsabilidad puede exigírsele. La jurisprudencia colombiana se ha manifestado en contra del médico cuando este actúa con ligereza e ignorancia de las cosas que debe conocer...”²⁹

Ante una demanda, es natural que el médico se oponga a las pretensiones de su paciente y quiera exonerarse; puede hacerlo mediante la prueba de la diligencia y cuidado o del caso fortuito (si éste es lo que alega). De todas formas, si el paciente no prueba la responsabilidad que endilga al demandado, este será absuelto, porque otro principio del derecho probatorio reza desde antiguo: "Actore non probante, reus absolvitur"

Si se trata de un daño causado sin que haya mediado el contrato, se dará responsabilidad extracontractual por el hecho jurídico que lo provocó. (ejemplos: En el curso de una cirugía se produce lesión a un órgano que no debía tocarse. O cuando al explorar el abdomen se encuentra una anomalía diferente a la que causa los síntomas, la cual es intervenida por cuenta y riesgo del médico (obviamente sin haber tomado el consentimiento del paciente, pues tal anomalía no era conocida) y a consecuencia de ello se genera un daño en el enfermo.

El fundamento jurídico de esta responsabilidad extracontractual se encuentra en el mismo Código Civil: "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización" (Art. 2341 CC)

²⁸ Ibid.

²⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 14-03-42. Sala de Negocios Generales.

También aquí es el paciente el que debe demostrar que el daño si fue causado, que la culpa es del médico y que existe el nexo de causalidad entre la culpa del médico y el daño sufrido por el paciente”³⁰.

6.8.2.6 Negligencia. La negligencia médica es una actitud profesional que se manifiesta no haciendo lo que se debe hacer cuando se puede hacer. Esta noción comporta inicialmente el conocimiento por parte del médico de su deber profesional. Si el deber es conocido por el profesional y a pesar de ello no se procura su cumplimiento estando bajo circunstancias en las cuales nada impide la realización del acto médico, se habrá procedido con negligencia. Esta actitud omisiva para que sea negligente está condicionada por la posibilidad de realizar el acto. Pueden darse casos en los cuales el médico conozca su deber y quiera realizar los actos destinados a cumplirlo, pero situaciones que se escapan a su control se lo impiden, caso en el cual no puede predicarse la existencia de negligencia.

“Se habla de negligencia cuando, a pesar del conocimiento de lo que debe hacerse, no se aplica 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, las actitudes de confianza en la evolución esperada que llevan al médico tratante a descuidar la observación continua (distinta de “permanente”, pues algunos jueces esperan que el médico se postre en la cama vecina, para acompañar al enfermo las 24 horas de todos los días hasta su egreso) de su paciente, la entrega de responsabilidades a personal subalterno sin suficiente preparación o sin competencia (como ocurre con muchos anesthesiólogos que encargan a una enfermera de la recuperación de paciente, o de los cirujanos que se desentienden del operado antes de que el procedimiento termine, o de los odontólogos que permiten a su auxiliar actos que les están vedados, etc.)”³¹.

Se parte de la idea de que se comporta con negligencia quien viola un deber de atención. El artículo 2356 del CC señala:

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

En el caso de los médicos, la negligencia ha sido el medio para determinar la responsabilidad, generadora frecuente de culpa 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

³⁰ GUZMAN MORA. Op. Cit.

³¹ Ibid

que por negligencia, descuido u omisión cause perjuicio en la salud de aquellos, incurre en una conducta ilícita que será calificada por el juez según su magnitud..."

6.8.2.7 Impericia. Por impericia médica se entiende la carencia de los conocimientos teóricos y de las destrezas y habilidades necesarias para la realización de un acto médico en forma correcta. La jurisprudencia colombiana ha identificado la pericia como una media universal de conocimientos teóricos y prácticos necesarios para un buen ejercicio profesional. Por ello al profesional de la medicina no se le exige tanto como para que deba dar cuenta de la totalidad del avance técnico-científico e investigativo que permanentemente se adelanta en el mundo, pero tampoco se le tolera que se anquile sin avance alguno con respecto a los conocimientos que le permitieron obtener el título de médico.

“Se habla en primer término de la impericia cuando faltan la capacidad, habilidad, experiencia y conocimiento de quien emprende un tratamiento médico, particularmente cuando éstos no han sido certificados por alguna institución reconocida legalmente.

Consiste, pues, en la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión médica y equivale a la "inobservation des regles d'art" de la doctrina francesa; a la "malpractice" de los anglosajones" y al "kunstfehler" de los alemanes.

En el aspecto de tratamientos invasivos, concretamente de tipo quirúrgico u operatorio, se deben tener en cuenta el riesgo de la intervención, el diagnóstico preoperatorio, la técnica utilizada, el conocimiento de las variaciones anatómicas, la experiencia con variedades o anormalidades anatómicas y el manejo postoperatorio, entre muchos otros.

Es necesario mencionar el concepto de error médico. Este puede evaluarse en dos aspectos: El que surge de simple ignorancia (en cuyo caso se deben examinar las condiciones que llevaron a su ocurrencia, pues bien puede haber ocurrido que el médico intervenga apremiado por una circunstancia que lo va a exonerar de responsabilidad, como es el denominado "Estado de necesidad", que obliga a intervenir a un paciente por el peligro inminente en que se encuentra su salud o su vida) 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. En este caso el error cometido no se puede excusar”³².

Cuando el sujeto *no tiene la preparación técnica necesaria*, y emprende una actividad que el experto podría desarrollar sin ninguna dificultad, nos encontramos ante un caso de vulneración del deber de cuidado, que la doctrina denomina *culpa por asunción del riesgo*

6.8.3 Tipos de responsabilidad

6.8.3.1 Por el campo jurídico (Penal, disciplinaria y ética médica)

- **Penal:** El médico en ejercicio de su actividad profesional, puede causar daño a sus pacientes y tal resultado adverso es susceptible de tipificarse como un delito y cuando éste llega a conocimiento de las autoridades judiciales se investiga la responsabilidad penal por actos médico – asistenciales, buscando la penalización del médico y/o ésta y la indemnización de perjuicios morales y materiales por el daño causado.

Dentro de los delitos más frecuentes en el ejercicio de la actividad médica se encuentran: **Delitos Contra La Vida y La Integridad Personal** (Art. 106 – 107 y 108 Libro 2 Parte Especial – Título I. Capítulo II de la Ley 599 de 2000 Código Penal), El Homicidio culposo se presenta cuando el resultado final es la muerte del paciente, al igual que el homicidio por piedad y la inducción o ayuda al suicidio; **Las lesiones personales** (Art. 111 al 118 Libro 2 Parte Especial – Título I Capítulo III de la Ley 599 de 2000 Código Penal) Las lesiones personales culposas, deformidad, incapacidad para trabajar o enfermedad, deformidad física, que puede ser transitoria o permanente y estar agravada cuando afecta el rostro, perturbación funcional permanente o transitoria, perturbación psíquica permanente o transitoria, pérdida anatómica o funcional de un miembro o de un órgano o miembro, parto o aborto preterintencional; **el Aborto** (Art. 122- 123 Libro 2 Parte Especial – Título I. Capítulo IV de la Ley 599 de 2000 Código Penal); **Las Lesiones al Feto** (Art. 125 Libro 2 Parte Especial – Título I. Capítulo V de la Ley 599 de 2000 Código Penal), inhabilitando al profesional para el ejercicio de su profesión además de las penas previstas en la Ley Penal. **Manipulación Genética** (Art. 132 al 134 Libro 2 Parte Especial – Título I. Capítulo VIII de la Ley 599 de 2000 Código Penal), **Manipulación genética, repetibilidad del ser humano y fecundación – tráfico de embriones humanos.** **Delitos contra la salud pública** (Art. 368- 369 Libro 2 Parte Especial – Título XIII Capítulo I de la Ley 599 de 2000 Código Penal), como violación de medidas sanitarias, propagación de epidemia. **Delitos contra la libertad individual y otras**

³² Ibid.

garantías (Art. 182 y 186 Libro 2 Parte Especial – Título III Capítulo V de la Ley 599 de 2000 Código Penal), **Constreñimiento ilegal** cuando presiona al paciente a que acepte un tratamiento, sin proporcionar la información suficiente sobre el mismo, **Fraudulenta Internación en Asilo Clínica o establecimiento similar** – sin que el paciente requiera el tratamiento sugerido por el médico; pública. **Delitos contra la Fe Pública** (Art. 287, 289, 292, 293 - Libro 2 Parte Especial – Título IX Capítulo III de la Ley 599 de 2000 Código Penal), **falsedad en documento público o privado** – cuando se altera el contenido de la historia clínica o se expide certificados médicos sin haber visto al paciente; entre otros que con motivo de su actividad se pueden presentar y están tipificados en la Ley Penal.

- **Responsabilidad Médica Disciplinaria:** Se ocupa la Ley 23 de 1.981 en sus artículos 62 al 73 de definir los Órganos de Control y el Régimen Disciplinario aplicable a los médicos en su ejercicio y de los artículos 71 al 90 de los aspectos relacionados con el proceso disciplinario ético-profesional.

En el primero se contempla la estructura, funcionamiento, financiación y la competencia de los Tribunales Nacionales y Seccionales de Ética Médica encargados de aplicar justicia en aquellos casos de violaciones de las normas éticas establecidas en la misma Ley, infringidas por los médicos graduados cuando los cometen en ejercicio de sus funciones como tales.

El segundo hace referencia a normas especiales de dicho procedimiento y remite al Código Penal en aquellos vacíos normativos que llegaren a darse en el proceso ético-disciplinario. El cual es de anotar que se trata de un proceso no contencioso no existiendo participación de la parte actora dentro del proceso, sino limitado únicamente a la presentación de la queja o con la ampliación de la misma y cuyo resultado no genera ningún tipo de indemnización y de la que solo podría derivarse las sanciones previstas en el artículo 83 de la precitada Ley.

- **Responsabilidad Ética del médico:** Al hablar de ética del médico es necesario tener en cuenta la bioética, la cual ha evolucionado históricamente en forma paralela, haciendo que el médico tome cada vez más conciencia de la importancia de tener en cuenta al paciente como miembro de una colectividad en cuanto a las repercusiones que se pueden generar como consecuencia de la prestación del servicio.

La ética es el conocimiento organizado de la moral, de acuerdo con el pensamiento de Aristóteles; fue Sócrates su fundador, al cuestionar como debemos vivir, el comportamiento del individuo con las Leyes y la sociedad.

La Bioética, es la ciencia que tiene en cuenta los conocimientos biológicos y los valores humanos, en tanto el hombre tiene relación con todos los recursos disponibles del planeta, requiere la relación de las ciencias biológicas y humanas.

A partir de la Bioética se refrendó “La Declaración de los Derechos del Paciente”, la cual fue aprobada por la Federación de Hospitales en 1973, haciendo que la profesión médica cada vez sea más compleja.

Con los Derechos del paciente deja éste de ser un sujeto pasivo, convirtiéndose en un sujeto activo, con derechos y deberes legales y en consecuencia la otra parte de la relación como lo es el Médico, quien presta la atención, le corresponde el deber ético asistencial; surgiendo a la vida jurídica como consecuencia de esta relación múltiples derechos y obligaciones.

6.8.3.2 Por la personería Jurídica (Estado, institucional, equipo, medico e individual. El artículo 90 de la Constitución Nacional es la fuente de responsabilidad estatal. La mencionada norma textualmente indica lo siguiente:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

“En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste. “

Es importante tener en cuenta que en este artículo no se menciona, como fundamento de la responsabilidad, la culpa.

Se precisa en este aspecto efectuar una clara diferencia entre la Responsabilidad del Estado como garante de los servicios y sus agentes o funcionarios que estando vinculados a él ocasionen una grave afectación de bienes jurídicos tutelados por el Estado.

Por lo anterior, al existir una esfera de responsabilidad estatal supone necesariamente la existencia de una falla en el servicio ocasionada por un funcionamiento anormal del mismo independientemente de localizar el agente concreto que lo haya causado o la circunstancia que lo ha provocado.

Es así como todo daño que sufra un particular por la acción u omisión de la administración, en principio es antijurídico, y de él nace una obligación de reparación del Estado, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución. La sola existencia del daño antijurídico le hace derivar para la administración la obligación de reparar el perjuicio que él mismo ha causado.

6.8.3.3 Por la vinculación: Contractual y Extracontractual. Dentro de los efectos de la relación jurídica medico-paciente, nace la responsabilidad contractual, cuando él médico es buscado para una atención particular, relación

que por lo general es verbal y no requiere para su validez documento escrito, pero ello no obsta para que quede claro la capacidad de las partes para obligarse y su responsabilidad será individual y se regula por la Ley Civil.

- **La Responsabilidad Extra - contractual:** Llamada el derecho del daño, se refiere a la técnica de reparación por la actividad estatal que produce daño antijurídico, se determina la obligación indemnizatoria, reparando el daño ocasionado a la persona y al patrimonio.

Inicialmente la Corte Suprema de Justicia conoció de la responsabilidad extra - contractual a través del Código Civil (Art. 2341 y s.s.) y se aplicaba a los casos que le sucedían al Estado, fundados en los elementos: **Hecho u omisión Y Daño o perjuicio**

Cuando se solicita atención médica a una Institución de Salud, misma que es brindada por un el médico dependiente de esa entidad sea pública o privada, se genera una **responsabilidad Civil Extra – Contractual**; la cual si la atención se generó en una Entidad Pública la responsabilidad se traduce en una acción de **“Reparación Directa”** y se regula por el Código Contencioso Administrativo, sí se trata de una **entidad particular se rige por la Ley Civil.**

De la misma manera surge la **responsabilidad Civil Extra – Contractual** cuando se trata de atención de pacientes a solicitud de una tercera persona; como en el caso de los menores, pacientes en estado de inconsciencia, o personas con interdicción de derechos por su estado mental.

6.8.4 Evolución Jurisprudencial de la Responsabilidad Médica del Estado por la Prestación de los Servicios de Salud. Citamos algunos apartes del fallo proferido el 10 de febrero de 2.000, dentro del expediente 11.878 emitido por la Sección Tercera del Consejo de Estado:

“El problema de la responsabilidad por la prestación del servicio médico asistencial fue resuelto por esta Sala, durante mucho tiempo, con apoyo en la teoría de la falla del servicio probada, partiendo de la base de que se trataba de una obligación de medios y no de resultados. Esta postura, sin embargo, comenzó a cuestionarse en algunos fallos, hasta llegar a la unificación de criterios en torno al tema, con la expedición de la sentencia de 30 de julio de 1992, con ponencia del Magistrado Daniel Suárez Hernández³³, donde se adoptó la tesis de la falla del servicio presunta.³⁴ Expresó la Sala en esa oportunidad:

³³ Expediente 6897.

³⁴ De esta evolución da cuenta el fallo expedido por la misma Corporación el 24 de agosto de 1992. Expediente 6754. Actor Henry Enrique Saltarín Monroy.

“...Por norma general corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales e institucionales, etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre los cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formula contra una institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios.

Sin duda, resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general, si en lugar de someter al paciente a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueren éstos los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan...”.

En relación con esta posición, reiterada por la jurisprudencia de esta Sala a partir de la expedición del fallo citado, se considera necesario precisar que, si bien tiene origen en el llamado principio de las cargas probatorias dinámicas -cuya aplicación, aunque no tiene sustento en nuestra legislación procesal, puede decirse que encuentra asidero suficiente en las normas constitucionales que relieves el principio de equidad ha resultado planteada en términos tan definitivos que se ha puesto en peligro su propio fundamento. En efecto, el planteamiento ha llevado a aplicar, en todos los casos de daño causado en desarrollo de la prestación del servicio médico asistencial, la teoría de la falla del servicio presunta, exigiéndosele siempre a las entidades públicas demandadas la prueba de que dicho servicio fue prestado debidamente, para poder exonerarse de responsabilidad.

Resulta, sin embargo, que no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas. Habrá que valorar, en cada caso, si éstas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, sin duda, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio.

Así las cosas, la tarea del juzgador resulta más ardua y exigente, pues es él quien debe establecer, en cada caso, cuál de las partes se encuentra en condiciones

más favorables para demostrar cada uno de los hechos relevantes, en relación con la conducta del demandado, para adoptar la decisión.

De otra parte, no puede olvidarse que, a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, el derecho colombiano cuenta con una norma que consagra un principio general de responsabilidad del Estado, a cuyo mandato debe atenerse el fallador. No parece prudente, en esas circunstancias, recurrir indiscriminadamente a las teorías que, con criterios de agrupación casuística, elaboró la jurisprudencia anterior a la nueva Carta Política. Debe buscarse en la nueva norma un sustento común de la responsabilidad administrativa, para lo cual es necesario precisar el alcance de sus elementos, la imputabilidad y el daño antijurídico...”

Adicionalmente, esta Sala se refirió al tema de la prueba de la causalidad, en materia de responsabilidad por daños causados en desarrollo de la prestación del servicio médico asistencial, en sentencia del 14 de junio de 2001 (expediente 11.901), en los siguientes términos:

“Ahora bien, observaciones similares a las anteriores, que se refieren a las dificultades que ofrece para el demandante la demostración de la falla del servicio, se han hecho respecto de la prueba de la relación de causalidad existente entre el hecho de la entidad demandada y el daño del cual resultan los perjuicios cuya indemnización se reclama. En efecto, también en ello están involucrados elementos de carácter científico, cuya comprensión y demostración resulta, en ocasiones, muy difícil para el actor.

Por esta razón, se ha planteado un cierto aligeramiento de la carga probatoria del demandante, a quien, conforme a lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, corresponde demostrar los supuestos de hecho del artículo 90 de la Constitución Política, que sirve de fundamento a sus pretensiones.

Así, en sentencia del 3 de mayo de 1999, está Sala manifestó:

“En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profesional, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal, se afirma que **cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esa materia “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”** (Cfr. Ricardo De Ángel Yagüez. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño), Ed. Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 77), es decir, que **la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad.”** (ibídem, p. 77). Al respecto ha dicho la doctrina:

“En términos generales, y en relación con el **‘grado de probabilidad preponderante’**, puede admitirse que el juez no considere como probado un hecho más que cuando está convencido de su realidad. En efecto, un acontecimiento puede ser la causa cierta, probable o simplemente posible de un determinado resultado. El juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante. No basta que un hecho pueda ser considerado sólo como una hipótesis posible. Entre los elementos de hecho alegados, el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables. Esto significa sobre todo que **quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica. Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe la prueba directa, llegue a la convicción de que existe una ‘probabilidad’ determinante**”. (Ibídem, p. 78, 79)...”³⁵

En sentencia del 7 de octubre de 1999, la Sala expresó que, “...aceptada la dificultad que suele presentarse en la demostración directa de la causalidad en materia médica, puede probarse indirectamente, indiciariamente...”³⁶ Y en el mismo sentido, precisó posteriormente lo siguiente:

“...de acuerdo con los criterios jurisprudenciales reseñados, la causalidad debe ser siempre probada por la parte demandante y sólo es posible darla por acreditada con la probabilidad de su existencia, cuando la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos involucrados o la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación impidan obtener la prueba que demuestre con certeza su existencia”.³⁷

Se observa, conforme a lo anterior, que, tratándose de la relación de causalidad, no se plantea la inversión ni siquiera eventual del deber probatorio, que sigue estando, en todos los casos, en cabeza del demandante. No se encuentra razón suficiente para aplicar, en tales situaciones, el citado principio de las cargas probatorias dinámicas. Se acepta, sin embargo, que la demostración de la causalidad se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las circunstancias del caso, resulte muy difícil, si no imposible para el demandante, la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar.

En la valoración de estos indicios tendrá especial relevancia el examen de la conducta de las partes, especialmente de la parte demandada, sin que pueda exigírsele, sin embargo, que demuestre, en todos los casos, cuál fue la causa del

³⁵ Expediente 11.169.

³⁶ Expediente 12.655.

³⁷ Sentencia del 22 de marzo de 2001, expediente 13.284.

daño, para establecer que la misma es ajena a su intervención. En efecto, dadas las limitaciones de la ciencia médica, debe aceptarse que, en muchas ocasiones, la causa de la muerte o el empeoramiento del paciente permanecen ocultos, aun para los propios médicos.

Por lo demás, dicha valoración debe efectuarse de manera cuidadosa, teniendo en cuenta que –salvo en casos excepcionales, como el de la cirugía estética y el de la obstetricia, entre otros, que han dado lugar a la aplicación de regímenes de responsabilidad más exigentes para el demandado - los médicos actúan sobre personas que presentan alteraciones de la salud, lo que implica el desarrollo de diversos procesos en sus organismos, que tienen una evolución propia y, sin duda, en mayor o menor grado, inciden por sí mismos en la modificación o agravación de su estado, al margen de la intervención de aquéllos. Al respecto, considera la Sala acertadas las siguientes observaciones formuladas por el profesor Alberto Bueres:

“...creemos que el mero contacto físico o material entre el actuar profesional y el resultado, no siempre ha de ser decisivo para tener por configurada la relación causal, pues en la actividad médica el daño no es, de suyo, en todos los casos, revelador de culpa o de causalidad jurídica (adecuada). En rigor, a partir de la evidencia de que el enfermo acude al médico por lo común con su salud desmejorada, a veces resulta difícil afirmar que existe un daño y, en otras oportunidades, los tropiezos se localizan en el establecer si ciertamente el daño (existente) obedece al actuar médico o si deriva de la evolución natural propia del enfermo (Ataz López, Los médicos y la responsabilidad civil, Edit. Montecorvo, Madrid, 1985, p. 340. Sobre las causas concurrentes y la concausa, y la factibilidad de interrupción del nexa causal”³⁸.

Esta última afirmación nos conduce de la mano a reiterar que en tema de responsabilidad galénica, el contacto físico entre un profesional y un paciente que experimenta daños, no permite indefectiblemente imputar estos daños al susodicho profesional, pues las pruebas aportadas al proceso, con suma frecuencia, suscitan dudas acerca de si el obrar médico fue en verdad el que ocasionó los perjuicios... Frente al daño médico, es muy común que las constancias procesales pongan de manifiesto que el perjuicio pudo ocurrir por el hecho del profesional o por una o varias causas ajenas derivadas fortuitamente del propio estado de salud del enfermo –amén de los supuestos de hecho (o culpa) de éste último...”³⁹.

³⁸ ITURRASPE. Mosset, Responsabilidad Civil del médico. Editorial Astrea: Buenos Aires, 1979, p. 267 a 269.

³⁹ BUERES, Op. Cit. p. 312, 313.

7. METODOLOGIA

7.1 TIPO DE DISEÑO

La investigación a realizar es un estudio con paradigma cuantitativo y de orden descriptivo-explicativo, caracterizado por la recolección y sistematización de información, tomadas de fuentes de carácter científico pertinente a la medicina, y normas y jurisprudencia referida al tema, lo cual nos permitirá presentar un sustento teórico sobre la profesión de la medicina y las conductas de los médicos; de otra parte el trabajo de campo nos permitirá explicar la incidencia y el papel de los actores de las violaciones al Código de Ética Médica.

El Investigador se propone adelantar una observación estructurada que comprende comportamientos o acontecimientos específicos, el formato de registro de presentación de datos se preparó con anterioridad, los cuales serán mediante la revisión directa de cada uno de los procesos que adelanta el Tribunal de Ética Médica, desde el mes de abril de 1997, fecha en la cual nació a la vida jurídica dicho Tribunal, y hasta el mes de Abril de 2007; debido a que son casos juzgados y en consecuencia los procesos están archivados y así no interferir en la reserva legal.

Es de anotar que el investigador tiene como fundamento dentro de la observación experimentada, conocimientos en el área objeto del estudio por tratarse de un medico con alta experiencia en el campo médico forense.

7.2 POBLACIÓN Y MUESTRA

La población corresponde a todos los Proceso Resueltos por el Tribunal de Ética Médica del Departamento de Nariño durante la década comprendida entre 1997 y 2007

7.3 INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

Registro de información unificado con el siguiente cruce de variables:

- Total de procesos en la década.
- Totales por años
- Especialidades
- Estadísticas por Género, edad y lugar de origen.
- Nivel de Atención

- Institución Pública o privada
- Normas Imputadas
- Normas Violadas
- Tipo de responsabilidad
- Sanciones
- Jurisprudencia sobre la materia.

Para el efecto se estableció el cuadro de recolección de información cuyos requisitos esenciales de confiabilidad y validez al permitir el registro directo de los procesos, sus etapas procesales, fechas de registro de cada evento y calificación respectiva, permiten allegar la información requerida para su procesamiento y análisis, así:

- **Datos Generales:** En este primer punto se registra el año de radicación del proceso, el número de radicación, el número de implicados.
- **Datos del Médico Acusado:** Contempla si se trata de un médico en Servicio Social Obligatorio, Médico General, determinación de la especialidad en caso de serlo, lugar de trabajo.
- **Desarrollo del Proceso:** Registra el motivo de consulta del paciente, los hechos imputados, las normas supuestamente violadas, admisión o no de la demanda, Recursos interpuestos, el Fallo, número de afectados por el fallo.
- **Gestión ante el Tribunal Nacional.** Corresponde este acápite a la existencia o no de intervención del Tribunal Nacional de Ética Médica, bien sea por utilización del recurso de apelación ante una suspensión en el ejercicio profesional hasta por seis meses, o por competencia del mismo, ante la calificación de la falta y la eventualidad de una sanción de suspensión superior a seis meses hasta cinco años.
- **Gestión ante el Ministerio de Salud.** Es competente el Ministerio de Salud para conocer solamente de las apelaciones cuando la sanción supera los seis meses de suspensión en el ejercicio profesional contemplados en el literal d) del artículo 83 del Código de Ética Médica.
- **Circunstancias Relacionadas con los Hechos Generadores de la Demanda.** Los cambios introducidos por la Ley 100 de 1.993 a la prestación de servicios de salud, generaron una serie de mecanismos y de procesos que inciden directamente en la atención a los pacientes, al definir distintos niveles de atención, al atribuir a los Entes Territoriales la responsabilidad de atención y al establecer una serie de listados de las patologías, los procedimientos, los exámenes para-clínicos, los medicamentos, etc., hechos que pueden ser determinantes en el resultado final del acto médico y que pueden llevar a la presentación de

una queja, demanda o denuncia contra el profesional o contra la Institución.

Para el presente estudio se pretenden identificar las diferentes circunstancias relacionadas con el aspecto administrativo; el cual hace referencia a las eventuales circunstancias de falta de oportunidad en la prestación del servicio, la autorización tardía, incompleta o ausente de solicitud de exámenes, procedimientos o medicamentos que requieren para la atención o curación del paciente, las remisiones a otros niveles de atención, los cobros extras de honorarios y finalmente la presencia o no del recurso humano habitual o disminuido por circunstancias como terminaciones de contratos no renovadas, vacaciones no reemplazadas o cese de actividades de cualquier índole.

8. TRABAJO DE CAMPO

Se desarrolló un estudio de casos a 122 procesos que al mes de marzo del año 2009 ya tenían fallo definitivo, para analizar la información de las quejas que se habían interpuesto ante el Tribunal de Ética Médica en los 10 años que tiene de existencia este tribunal en el departamento de Nariño.

A continuación se presentan los resultados encontrados durante todo el trabajo de campo desarrollado:

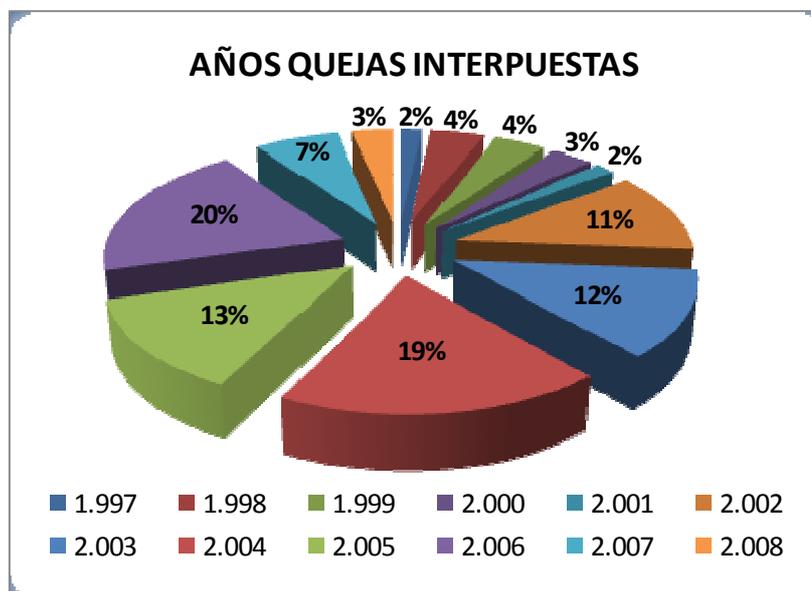
- En este punto se pretende establecer la totalidad de las quejas presentadas ante el Tribunal Seccional de Ética Médica de Nariño que tengan fallo definitivo en el periodo establecido ponderándolas por años.

Tabla 1. Ponderación por años de las quejas presentadas en Nariño

AÑO	CANTIDAD
1997	2
1998	5
1999	5
2000	4
2001	2
2002	14
2003	15
2004	23
2005	16
2006	24
2007	8
2008	4
TOTAL	122

En la tabla se observa que el de mayor incidencia es el año 2006 y las de menor incidencia son los años 1997 y 2001.

Gráfica 1. Porcentaje de las quejas por años con fallo definitivo



Como se puede identificar en la gráfica anterior de los 122 procesos estudiados, un 20% interpuso las quejas ante el Tribunal de Ética Médica en el año 2006; otro 19% las impuso en el 2004; un 13% en el año 2005; un 12% más las interpuso en el año 2003; otro 11% en el año 2002; un 7% en el año 2003; en porcentajes iguales de 4% otros interpusieron en los años 1998 y 1999; en porcentajes iguales de 3% en los años 2008 y 2000; y en un porcentaje menor de 2% interpuso la queja en el año 1997. Lo que significa que los años en que más se interpusieron quejas fueron en los años 2000 y 2006.

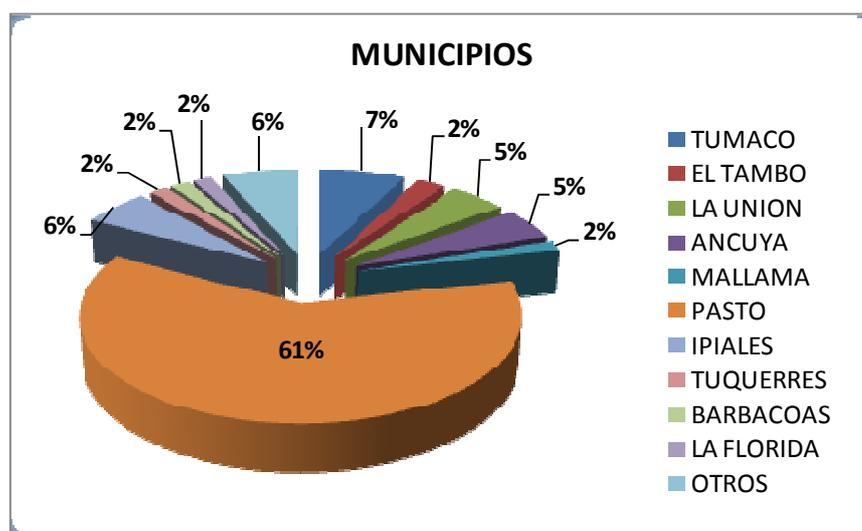
- En este punto se busca identificar los Municipios del departamento de Nariño al cual pertenecen los médicos de las instituciones de salud a quienes se les interpuso queja por supuesta violación de las normas de ética médica.

Tabla 2. Municipios de Nariño

MUNICIPIO	CANTIDAD
TUMACO	9
EL TAMBO	3
LA UNION	6
ANCUYA	6
MALLAMA	2
PASTO	74
IPIALES	7
TUQUERRES	2
BARBACOAS	2
LA FLORIDA	2
OTROS	8
TOTAL	121

En la tabla se observa que el de mayor incidencia es Pasto y los de menor incidencia son Mallama, Tuquerres, Barbacoas y La Florida.

Gráfica 2. Municipios



Como se puede identificar en la gráfica anterior de los 122 procesos estudiados, la gran mayoría –un 61%– de los procesos estudiados son del municipio de Pasto; un 7% son de Tumaco; otro 6% son de Ipiales; con porcentajes iguales de un 5% cada uno encontramos La Unión y Ancuya; en proporciones iguales cada uno de 2% en los municipios del Tambo, Mallama, Tuquerres, Barbacoas y La Florida; el 6% restante son de otros municipios como Buesaco, Yacuanquer, San Bernardo, Córdoba, Olaya Herrera, Puerto Asís, La Tola, Tangua, Consaca, Imues, Cumbal y Belén. Lo que significa que el municipio donde se encuentran más procesos es en Pasto.

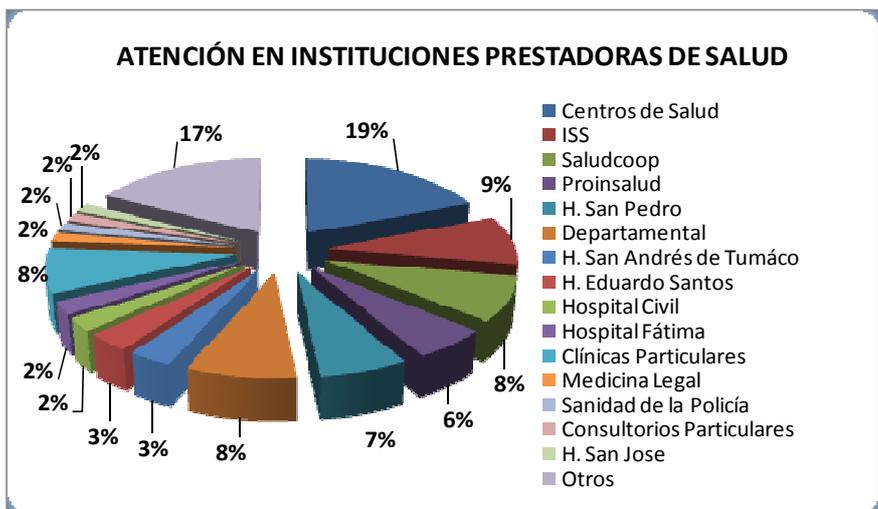
- Aquí se busca establecer los procesos abiertos y fallados contra médicos de diferentes instituciones de salud por quejas presentadas contra ellos.

Tabla 3. Atención en instituciones de salud

INSTITUCIÓN	CANTIDAD
Centros de Salud	23
ISS	11
Saludcoop	10
Proinsalud	7
H. San Pedro	8
Departamental	10
H. San Andrés de Tumáco	4
H. Eduardo Santos	4
Hospital Civil	3
Hospital Fátima	3
Clínicas Particulares	10
Medicina Legal	2
Sanidad de la Policía	2
Consultorios Particulares	2
H. San Jose	2
Otros	21
TOTAL	122

En la tabla se observa que el de mayor incidencia son los Centros de Salud, seguidamente las Instituciones de III nivel; correspondiendo a la menor experiencia en el ejercicio profesional.

Gráfica 3. Porcentajes por atención en instituciones de salud



Tal como se logra identificar en la gráfica anterior de los 122 procesos estudiados, un 19% de las personas fueron atendidas en los Centros de Salud; un 9% más en el ISS; en proporciones de 8% cada uno fueron atendidos en Saludcoop, en el departamental y en clínicas particulares; un 7% en el Hospital San Pedro; otro 6% en Proinsalud; en proporciones de 3% cada uno fueron atendidos en el Hospital San Andrés de Tumaco, Hospital Eduardo Santos; en proporciones de 2% cada uno fueron atendidos en el Hospital Civil, en la clínica Fátima, medicina legal, Sanidad de la Policía, Consultorios Particulares y el Hospital San José; y finalmente un 17% fueron atendidas en porcentajes mínimos en otras instituciones como Coomeva, Clínica Unigarro, Mallamas, Cóndor, entre otras. Lo que significa que la Institución en la que más se atendieron los casos de estos procesos fue en los centros de salud.

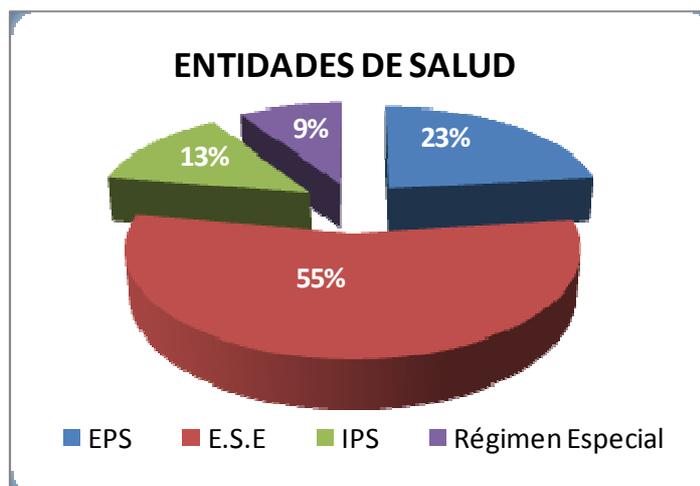
- En este punto se busca identificar cuales fueron las entidades de salud utilizadas por los pacientes.

Tabla 4. Entidades de Salud

NIVEL	CANTIDAD
EPS	28
E.S.E	67
IPS	16
Régimen Especial	11
TOTAL	122

En la tabla se observa que el de mayor incidencia son las E.S.E. y las de menor incidencia son las de Régimen Especial como el Magisterio y la Policía.

Gráfica 4. Entidades de Salud



Según se observa en la gráfica anterior de los 122 procesos estudiados, un 55% de las entidades de salud son E.S.E, un 23% son EPS, otro 13% IPS y EL 9% restante son de régimen especial.

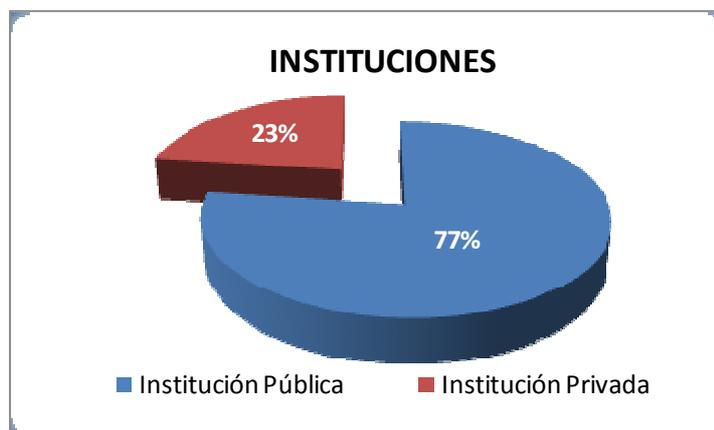
- En este punto se pretende establecer cuales de las instituciones que prestaron salud en los procesos estudiados son Públicas y cuales Privadas.

Tabla 5. Instituciones Públicas y Privadas

SECTOR	CANTIDAD
Institución Pública	94
Institución Privada	28
TOTAL	122

En la tabla se observa que las de mayor incidencia son las instituciones públicas y las de menor incidencia son las privadas. .

Gráfica 5. Instituciones



En la gráfica anterior se observa en la gráfica anterior de los 122 procesos estudiados, la gran mayoría –un 77%– de las instituciones que prestaron salud en los procesos estudiados son Públicas y un 23% son privadas. Lo que significa que las personas involucradas en los procesos estudiados prefieren asistir a entidades que ofrecen servicios en salud pero públicas.

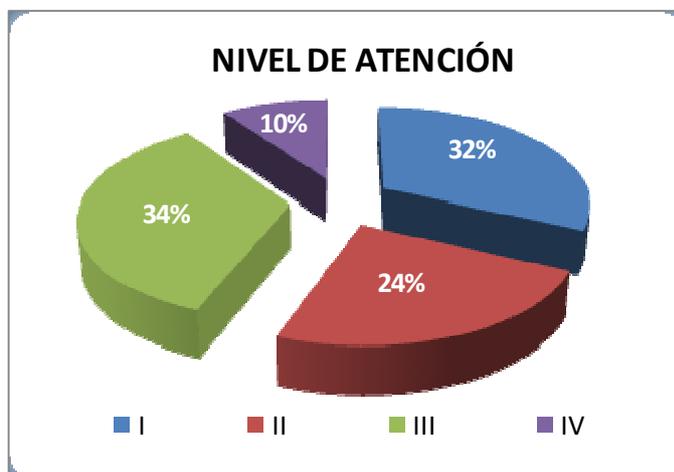
- En este punto se pretenden establecer los niveles de atención de los hospitales, clínicas o instituciones prestadoras de salud.

Tabla 6. Niveles de atención de las instituciones prestadoras de salud.

NIVEL	CANTIDAD
I	39
II	29
III	42
IV	12
TOTAL	122

En la tabla se observa que el de mayor incidencia es el nivel III y el de menor incidencia es el IV nivel.

Gráfica 6. Nivel de Atención



Como se puede identificar en la gráfica anterior de los 122 procesos estudiados, un 34% de las todas las instituciones prestadoras de salud que se encontraron en los procesos se encuentran ubicadas en el nivel III de atención; un 32% se encuentra en el nivel I; otro 24% más se encuentran en el nivel II de atención y el 10% restante se encuentra en nivele IV.

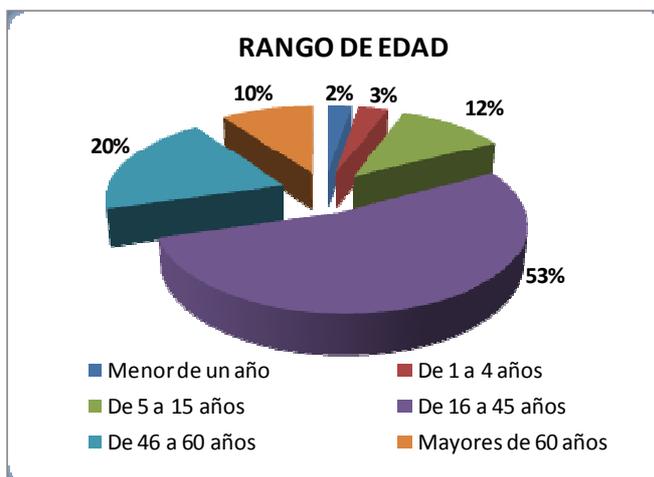
- En este punto se pretende identificar el Género y el grupo Étáreo de los pacientes.

Tabla 7. Grupo Etéreo

EDAD	CANTIDAD
Menor de un año	3
De 1 a 4 años	4
De 5 a 15 años	14
De 16 a 45 años	65
De 46 a 60 años	24
Mayores de 60 años	12
TOTAL	122

En la tabla se observa que el de mayor incidencia es el rango de 16 a 45 años y el de menor incidencia son los menores de un año.

Gráfica 7. Rango de Edad



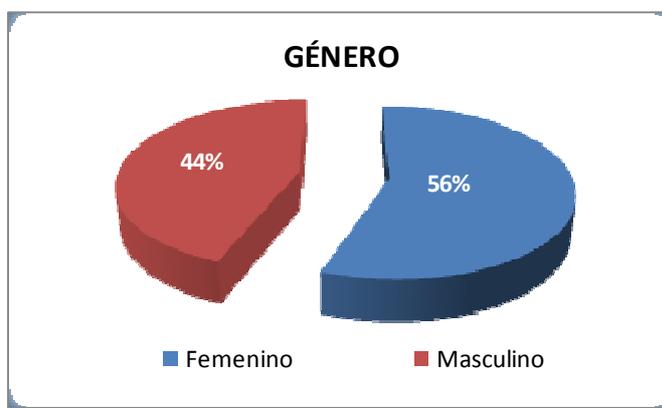
Tal como logra identificar en la gráfica anterior de los 122 procesos estudiados, la gran mayoría –un 53%- se encuentra en un rango de edad entre los 16 y los 45 años; otro 20% entre los 46 y los 60 años; un 12% más se encuentra entre los 5 y los 15 años; un 10% son mayores de 60: otro 3% de 1 a 4 años; y el 2% restante son menores de un año. Lo que significa que la población que más interpone quejas ante el Tribunal de Ética Médica en los últimos 10 años son las personas entre los 16 y los 45 años que son aquellos que se encuentran ante la sociedad en una edad activa para desarrollar cualquier actividad y tomar decisiones.

Tabla 8. Género

GÉNERO	CANTIDAD
Femenino	68
Masculino	54
TOTAL	122

En la tabla se observa que el de mayor incidencia es el género femenino y el de menor incidencia es el masculino.

Gráfica 8. Género



En la gráfica anterior se observa que de los 122 procesos estudiados, un 56% son procesos cuyos autores son del género femenino y el 46% restante son del género masculino. Lo que significa que las personas que más interponen quejas ante el Tribunal de Ética Médica.

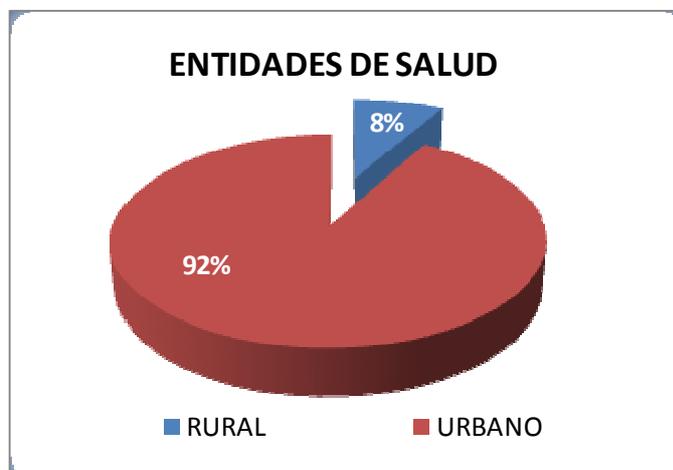
- En este punto se pretende identificar el Género y el grupo Étáreo de los pacientes.

Tabla 9. Urbano y Rural

NIVEL	CANTIDAD
RURAL	10
URBANO	113
TOTAL	123

En la tabla se observa que el de mayor incidencia es el sector urbano y el de menor incidencia es el sector rural.

Gráfica 9. Urbano y Rural



Como se identifica en la gráfica anterior de los 122 procesos estudiados, el 92% son urbanos y el 8% son rurales. Lo que significa que la mayoría de las quejas son presentadas de pacientes provenientes del área urbana.

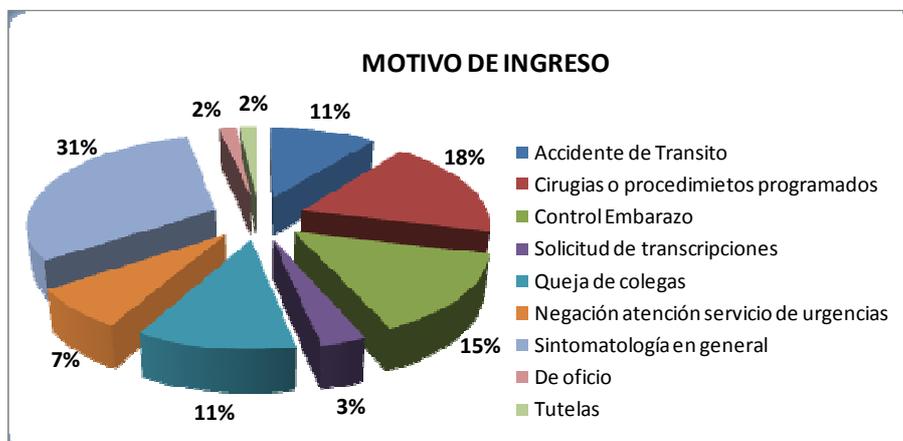
- En este punto se busca identificar el motivo de ingreso de los pacientes a las diferentes instituciones de salud o el motivo de la queja.

Tabla 10. Motivo de Ingreso de pacientes a las Instituciones de Salud

MOTIVO	CANTIDAD
Accidente de Transito	13
Cirugias o procedimientos programados	22
Control Embarazo	18
Solicitud de transcripciones	4
Queja de colegas	14
Negación atención servicio de urgencias	9
Sintomatología en general	38
De oficio	2
Tutelas	2
TOTAL	122

En la tabla se observa que el de mayor incidencia es la sintomatología en general y las de menor incidencia son de oficio y las tutelas.

Gráfica 10. Motivo de Ingreso



Según se observa en la gráfica anterior de los 122 procesos estudiados, la mayoría -un 31% el motivo de ingreso de los pacientes a las instituciones es por la sintomatología en general como dolor, fiebre, vómitos, tos y suturas; un 18% es por las cirugías programadas y los procedimientos programados; otro 15% es por el control de embarazos, la atención de partos naturales y cesáreas; un 11% más es por los accidentes de transito, el pre y post de ingesta por alcohol más los síntomas y por las caídas; otro 11% más es por las quejas de colegas y anónimos; otro 7% es por la negación de atención en el servicios de urgencias, la consulta externa, la hospitalización tardía y la no realización de procedimientos; un 3% más el motivo de ingreso es por la solicitud de transcripciones de exámenes, medicamentos y remisiones; otro 2% son de oficio y el 2% restante es por las tutelas instauradas ante la no colaboración de los médicos con la justicia.

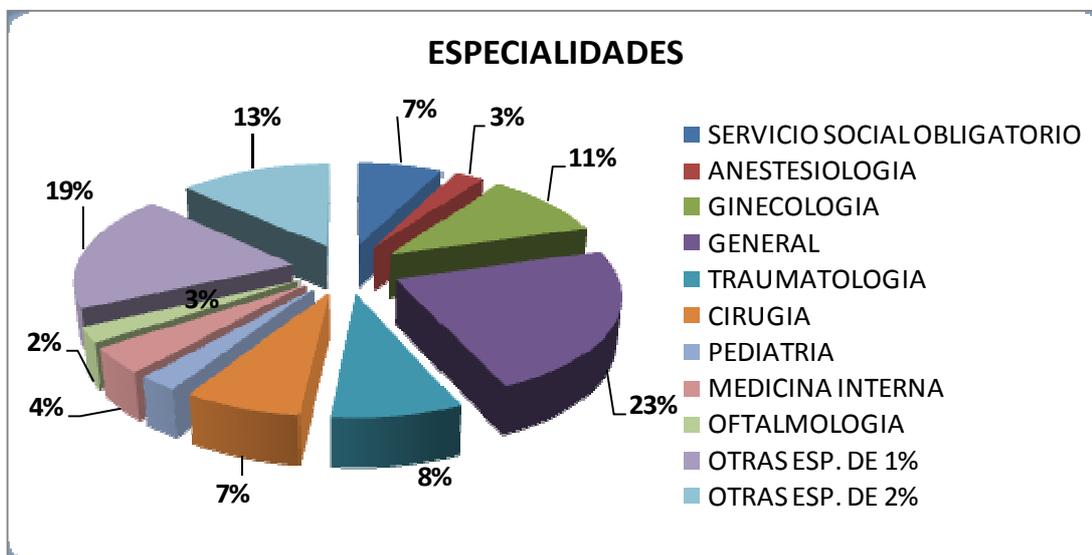
- En este punto se pretende establecer las Especialidades que fueron objeto de quejas ante el tribunal de ética médica como medicina General, medico en servicio social obligatorio (S.S.O.), etc. en los procesos estudiados.

Tabla 11. Especialidades Médicas

ESPECIALIDADES	CANTIDAD
SERVICIO SOCIAL OBLIGATORIO	9
ANESTESIOLOGIA	3
GINECOLOGIA	13
GENERAL	28
TRAUMATOLOGIA	10
CIRUGIA	9
PEDIATRIA	3
MEDICINA INTERNA	5
OFTALMOLOGIA	3
OTRAS ESP. DE 1%	23
OTRAS ESP. DE 2%	16
TOTAL	122

En la tabla se observa que el de mayor incidencia son los médicos generales, ginecólogos, traumatólogos y los de menor incidencia son los anestesiólogos, pediatras y oftalmólogos, pero es claro que ningún medico de cualquier especialidad medica esta exento de recibir una queja.

Gráfica 11.Especialidades



Según se observa en la gráfica anterior de los 122 procesos estudiados, el 23% de los médicos por los que se quejaron los pacientes son generales; un 11% son ginecólogos; un 8% son traumatólogos; un 7% son del seguro social obligatorio; otro 7% son cirujanos; un 4% son de medicina interna; un 3% son anestesiólogos;

otro 3% son pediatras; y un 2% restante son oftalmólogos; un 19% y 13% son de otras especialidades que no son tan representativas de 1% y 2% respectivamente.

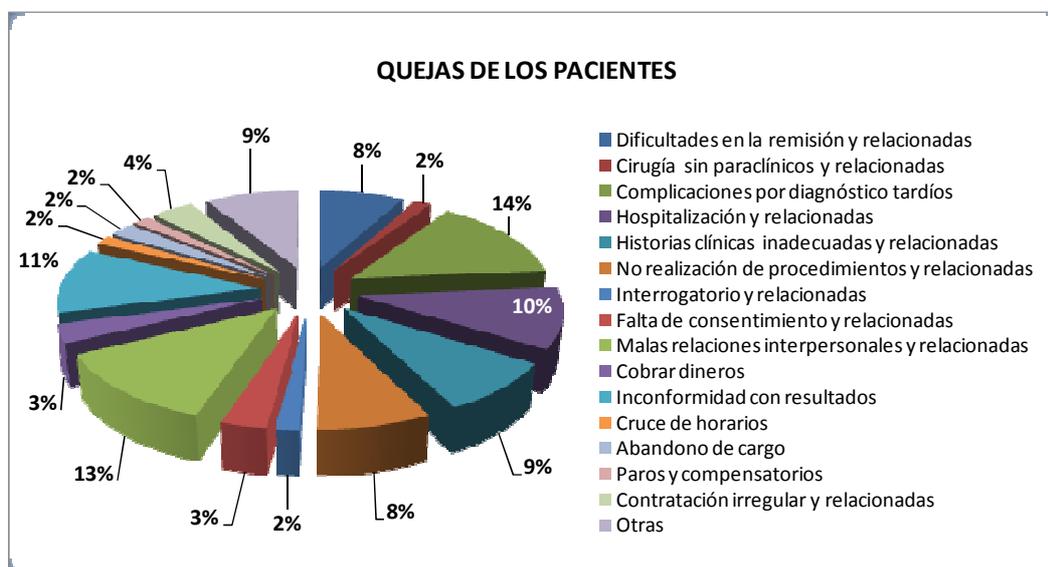
- En este punto se pretende identificar las razones por las que se quejan los pacientes en los procesos estudiados.

Tabla 12. De lo que se quejan los pacientes

QUEJAS	CANTIDAD
Dificultades en la remisión y relacionadas	10
Cirugía sin paraclínicos y relacionadas	2
Complicaciones por diagnóstico tardíos	18
Hospitalización y relacionadas	13
Historias clínicas inadecuadas y relacionadas	11
No realización de procedimientos y relacionadas	10
Interrogatorio y relacionadas	2
Falta de consentimiento y relacionadas	4
Malas relaciones interpersonales y relacionadas	16
Acoso sexual	1
Cobrar dineros	4
Inconformidad con resultados	14
Cruce de horarios	2
Violación debido proceso	1
Abandono de cargo	3
Trancripción nombre comercial	1
Recusación	1
No colaboración con justicia	1
Paros y compensatorios	2
Usufructo y relacionadas	1
Contratación irregular y relacionadas	5
TOTAL	122

En la tabla se observa que las de mayor incidencia son las complicaciones por diagnósticos tardíos.

Gráfica 12. Quejas de los pacientes



Como se puede identificar en la gráfica anterior de los 122 procesos estudiados, el 14% de los pacientes presentan quejas de los profesionales de salud por las complicaciones por diagnósticos tardíos; un 13% por las malas relaciones interpersonales, es decir, por los gritos, por ser groseros, patanes, no saludar, insultar, andar de mal humor, no hablar con los familiares, por la falta de humanidad, no dan explicaciones, por la mala información y porque son cerdos; otro 11% por la inconformidad con los resultados; un 9% más por las historias clínicas inadecuadas, ilegibles, incompletas, subregistros, espacios en blanco, falsedades, no registro de exámenes, certificados médicos irregulares por la hospitalización y atención médica inoportuna, inadecuada y por no solicitar interconsulta; otro 9% cree que las quejas son otras como el acoso sexual, la violación del debido proceso, la transcripción del nombre comercial, la recusación, la no colaboración con la justicia, el usufructo de la infraestructura y los recursos institucionales; un 8% presentan quejas en cuanto a las dificultades en la remisión y contra remisión; otro 8% más por la no realización de procedimientos y por que son inadecuados; un 4% por la contratación irregular, la falta de idoneidad, por no tener títulos de especialistas y por la falta de historias clínicas; en proporciones iguales de 3% por la falta de consentimiento y el consentimiento viciado y por cobrar dineros; en proporciones de 2% cada uno por el interrogatorio, por mirar, por no hacer un examen clínico, y por la prescripción; por el cruce de horarios; por el abandono del cargo y por los paros, los compensatorios y los escándalos públicos. Lo que se refleja entonces es que los pacientes sienten un gran temor e inconformidad por las complicaciones debido a los diagnósticos tardíos.

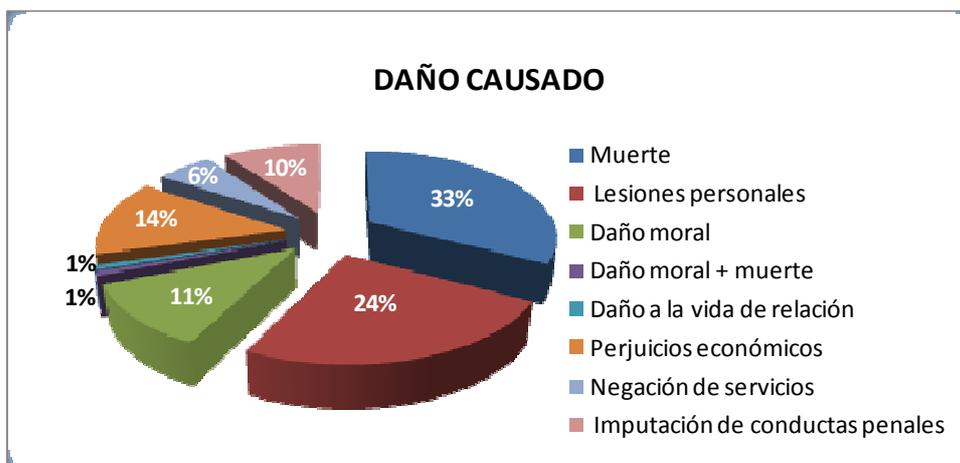
- En este punto se pretende identificar cuáles fueron los daños causados en los procesos estudiados.

Tabla 13. Daño causado en los procesos

DAÑO	CANTIDAD
Muerte	40
Lesiones personales	30
Daño moral	14
Daño moral + muerte	1
Daño a la vida de relación	1
Perjuicios económicos	17
Negación de servicios	7
Imputación de conductas penales	12
TOTAL	122

En la tabla se observa que el daño de mayor incidencia causado es la muerte, muy seguido de las lesiones personales y el de menor incidencia el daño a la vida de relación.

Gráfica 13. Daño Causado



Tal como se logra identificar en la gráfica anterior de los 122 procesos estudiados, un 33% de los daños causados a las personas son por muerte; otro 24% por lesiones personales; un 14% por perjuicios económicos; otro 11% por daño moral; un 10% más por imputación de conductas penales; otro 6% por negación de servicios y en proporciones iguales de 1% por daño moral más muerte y por daño a la vida de relación. Lo que significa que el daño que más se causa es la muerte.

- En este punto se busca establecer cuales son las pretensiones de los procesos estudiados.

Tabla 14. Pretensiones en los procesos

PRETENSIONES	CANTIDAD
Investigación Disciplinaria	106
Investigación Disciplinaria + Penal	5
Responsabilidad Económica + Inv. Discip.	8
Inv. Discip. + Penal + Administrativa	2
Proteger debido proceso	1
TOTAL	122

En la tabla se observa que la pretensión de mayor incidencia es la investigación disciplinaria y la de menor incidencia es la de proteger el debido proceso.

Gráfica 14. Pretensiones



Según se observa en la gráfica anterior de los 122 procesos estudiados, la gran mayoría –un 87%– presenta pretensiones relacionadas con la investigación disciplinaria; un 6% con la responsabilidad económica y adicionalmente la investigación disciplinaria; otro 4% con la investigación disciplinaria y adicionalmente penal; un 2 % más con la investigación disciplinaria penal y administrativa; y el 1% restante por proteger el debido proceso.

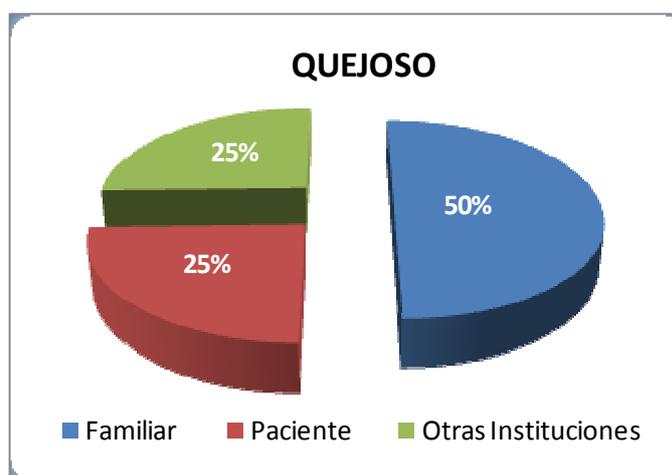
- En este punto se analiza quien es la persona que interpone la queja en los procesos estudiados.

Tabla 15. Quejoso

QUEJOSOS	CANTIDAD
Familiar	61
Paciente	30
Otras Instituciones	31
TOTAL	122

En la tabla se observa que la mayor incidencia en la interposición de las quejas son los familiares de los pacientes y el de menor incidencia los organismos de control como lo son las Personerías, Procuraduría, I.D.S.N, Directores o Gerentes de las mismas Instituciones de Salud.

Gráfica 15. Quejoso



En la gráfica anterior se observa que de los 122 procesos estudiados, el 50% de los quejosos son familiares; otro 25% son pacientes; y el otro 25% son las instituciones del estado las que interponen las quejas contra los médicos.

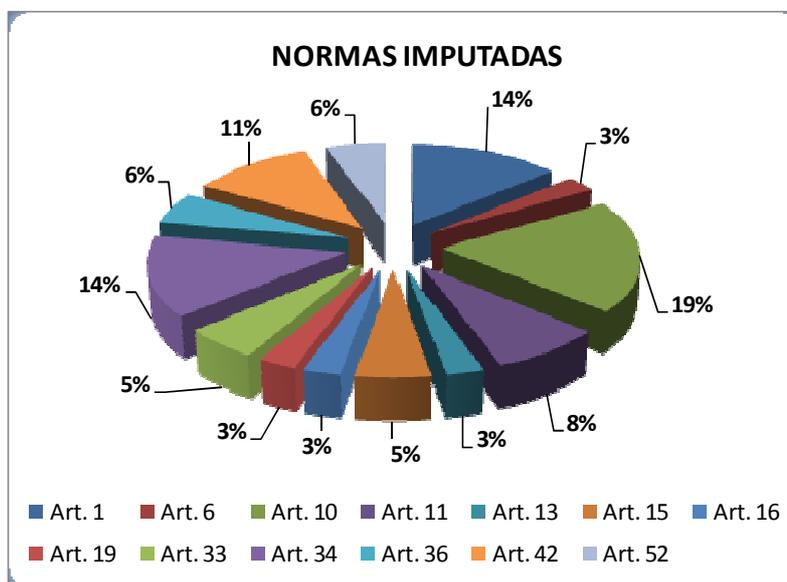
- En este punto se busca identificar cuales fueron las normas imputadas ante el Tribunal de Ética Médica en los procesos estudiados.

Tabla 16. Clasificación de las Normas Imputadas

NORMA	CANTIDAD
Art. 1	5
Art. 6	1
Art. 10	7
Art. 11	3
Art. 13	1
Art. 15	2
Art. 16	1
Art. 19	1
Art. 33	2
Art. 34	5
Art. 36	2
Art. 42	4
Art. 52	2
TOTAL	31

En la tabla se observa que el de mayor incidencia el artículo 10 y el de menor incidencia son los artículo 6, 13, 16 y 19.

Gráfica 16. Normas Imputadas



Tal como se logra identificar en la gráfica anterior de los 122 procesos estudiados, las normas más imputadas por las personas con un 19% es el artículo 10 de la norma de Ética Médica y con un 14% cada uno son el artículo 1 y el 34; y las normas menos imputadas en proporciones iguales de 3% cada una son el artículo 6, 13, 16 y el 19.

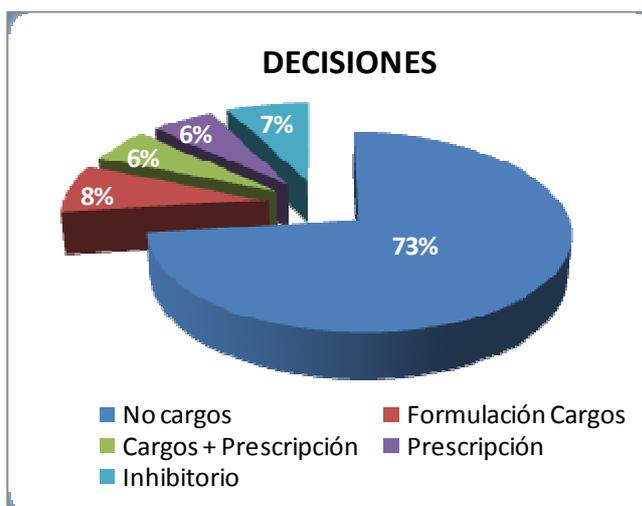
- En este punto se busca establecer cuales fueron las decisiones tomadas por el Tribunal en cada uno de los procesos.

Tabla 17. Decisiones tomadas en cada uno de los procesos estudiados

DECISIONES	CANTIDAD
No cargos	89
Formulación Cargos	10
Cargos + Prescripción	7
Prescripción	7
Inhibitorio	9
TOTAL	122

En la tabla se observa que los de mayor incidencia son la no formulación de cargos y los de menor incidencia son la formulación de los mismos y la prescripción.

Gráfica 17. Decisiones



En la gráfica anterior se observa que de los 122 procesos estudiados, en la gran mayoría –un 73%– se ha decidido no elevar cargos; en proporciones menores de 8% si formulan cargos; de 7% la decisión es inhibitoria; al 6% prescripción; y al 6% restante le formulan cargos pero hay prescripción de los procesos.

- En este punto presentamos un ligero análisis de los procesos en los cuales se sanciono a los médicos.

CASO 23: Paciente quien presenta una fractura del cuello del pie; medico solicitó dinero al paciente para la compra de material de osteosíntesis y llevarlo a cirugía. En quirófano se realizó reducción cerrada, colocación de yeso. Medico no le informa al paciente, no registra en la historia clínica y no devolución de dinero.

Sanción: Censura Escrita y Pública

Art. 1 Nª 1, 9, 10: Medicina fin cuidar la salud del hombre, Conducta pública y privada a los mas elevados preceptos de la moral y Principios éticos con implicaciones humanísticas.

Art. 10: Medico dedicará el tiempo necesario, examinar, prescribir.

Art. 15 Inc. 2: El medico no expondrá a riesgos injustificados. Pedirá consentimiento para tratamientos médicos y quirúrgicos.

CASO 32: Usuarios se quejan por que medico especialista de permiso o incapacidad medica y no hay reemplazo. Conducta irregular en consulta medica del medico enfermo.

Irregularidades en historia clínica. Expedición fraudulenta de incapacidad medica. Medico no presente e historia clínica con signos vitales. En días de incapacidad enfermo sale del país y se registra nueva consulta y ampliación de incapacidad medica. Medico de Urgencias ex alumno del Especialista.

Sanción: Censura Escrita y Privada (General y Especialista)

Art. 1 Nª 9: Conducta pública y privada a los más elevados preceptos de la moral.

Art. 10: Medico dedicará el tiempo necesario, examinar, prescribir.

Art. 42: Medico cumplirá deberes profesionales y administrativos, horario de trabajo.

Art. 52: Falta grave contra la ética, medico quien expida certificado falso.

CASO 101: Medico particular expide constancia en papelería oficial de hospitalización del paciente durante 5 días. Sello con nombre de hospital. Medico no labora en institución, no hay historia clínica.

Sanción: Suspensión (2) dos meses ejercicio profesional

Art.6: Medico rehusara la prestación de sus servicios para actos contrarios a la moral y correcto ejercicio de la medicina.

Art. 52: Falta grave contra la ética, medico quien expida certificado falso.

- En este punto se pretende identificar cada una de las sanciones definitivas que se hicieron en cada uno de los procesos estudiados.

Tabla 18. Sanciones en cada uno de los procesos estudiados

SANCIONES	CANTIDAD
Censura escrita y privada # 2	1
Censura escrita y pública	1
Suspensión por dos meses	1
Exonerados	119
TOTAL	122

En la tabla se observa que los de mayor incidencia es la exoneración de los médicos y las únicas sanciones son censura escrita y privada a los dos profesionales implicados en un mismo proceso, censura escrita y pública; y suspensión del ejercicio profesional por un periodo de dos meses.

Gráfica 18. Sanciones Definitivas



Como se puede identificar en la gráfica anterior de los 122 procesos estudiados, en la gran mayoría –un 97%– las sanciones definitivas son exoneradas; en un 1% la sanción es censura escrita y privada a dos profesionales dentro de una misma investigación; otro 1% es sancionado por censura escrita pública; y el 1% restante es sancionado por suspensión del ejercicio profesional durante dos meses.

- En este punto se busca establecer cuales son las remisiones a otras jurisdicciones en los procesos estudiados.

Tabla 19. Remisiones a otras jurisdicciones

REMISION	CANTIDAD
IDSN	7
Remisión otras jurisdicciones	1
No Remisiones	114
TOTAL	122

En la tabla se observa que en la mayoría de los procesos no se hacen remisiones a otras jurisdicciones y los de menor incidencia son los que si las hacen.

Gráfica 19. Remisiones



Según se observa en la gráfica anterior de los 122 procesos estudiados, la gran mayoría –un 92% no tiene remisiones a otras jurisdicciones; otro 6% tiene remisiones al IDSN; y el 1% restante si tuvo remisión a otras jurisdicciones. Lo que significa que en casi todos los procesos no hicieron ninguna remisión para otras jurisdicciones.

CONCLUSIONES

- La Ley 23 de 1981 (Ética Medica) y su Decreto Reglamentario 3380 de 1981 están obsoletos con relación a la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios; esta última deshumanizó parcialmente la profesión medica.
- Al medico a la fecha éticamente se lo juzga con La Ley 23 de 1981, misma que le exige unos deberes de cuidado para con los pacientes y reconoce unos derechos; pero la ley 100 de 1993 tácitamente con su contenido impide que se puedan dar cumplimiento por cuanto:
 - Eliminó la consulta privada
 - Acabo con la relación medico – paciente, empotrando los mercaderes de la salud con intereses económicos y políticos
 - Despersonalizó la atención de los pacientes
 - Deshumanización del Acto medico por contención de costos
 - Pauperización de los profesionales de la salud, por cuanto se desnaturalizó el contrato de trabajo.
 - Denigración de la profesión medica, por cuanto las E.P.S., I.P.S, E.S.E., contratan al que oferte el menor costo, sacrificando la calidad de los profesionales; lo cual va en contra de la salud de los pacientes.
 - El trabajo del medico solo debe beneficiar al medico, no a terceras personas, pero en la realidad se explota al medico no en beneficio del paciente sino de las empresas intermediarias.
- En algunos procesos como pretensiones se solicita a parte de la investigación disciplinaria ética, también investigación penal y responsabilidad patrimonial; pero en ningún caso hay pronunciamiento al respecto, ni remisión a la autoridad competente.
- Todos los médicos independientemente de si se encuentra en servicio social obligatorio, general o especialista son sujetos de quejas por parte de los pacientes o de sus familiares en forma directa o a través de entes de control estatal.
- En el 100% de los procesos se puede observar que el Consentimiento dado por los pacientes es en abstracto, solicitado como un requisito de admisión al centro asistencial en una minuta proforma, se halla escasamente diligenciado, no pedido por el medico tratante y es solicitado para todos los procedimientos a realizar.

- El Tribunal Seccional es benévolo, por cuanto si el Tribunal actuara de oficio en los procesos que adelanta, todos los médicos ante los cuales se presenta la queja serían sancionados; las historias clínicas allegadas al proceso son ilegibles, incompletas, muchas de las evoluciones solo registran firmas, carecen de consentimiento informado, dejan espacios en blanco, no registran fecha y hora de la valoración, no reseñan el análisis de los exámenes para clínicos solicitados, etc.
- Se evidencia en una gran mayoría de procesos que el motivo que lleva al paciente o al familiar a quejarse es por la pésima relación o comunicación médico – paciente.
- Un número importante de quejas sobre inidoneidad profesional, carencia de título de especialidad, desacuerdo con las conductas médicas asumidas por los colegas frente a los pacientes, así como rivalidades personales; han sido instauradas por los mismos colegas.
- El principio de Confianza Legítima rige el trabajo en equipo; pero no cubre las actuaciones del personal médico cuando tiene autonomía científica.
- La imputación objetiva parte de una premisa fundamental: demostrada la causalidad, se le puede imputar al sujeto la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, cuando ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, que se concreta en la producción del resultado típico.
- Las quejas ante el Tribunal de Ética Médica se han incrementado año tras año a partir del año 2.002 hasta el 2.006; periodo que coincide con las investigaciones ya realizadas en esta seccional y no como se hacía anteriormente que llevaba los procesos el Tribunal del Cauca.
- Las quejas se han instaurado en forma directamente proporcional con el número de habitantes de las poblaciones y contra las Instituciones que mayor demanda de servicios tienen.
- Las personas que creen no haber recibido un buen servicio médico asistencial, están en la edad más productiva de los 16 a los 45 años de edad; lo que implica que si estas personas demandan por reparación de daños y perjuicios en la jurisdicción civil y sus pretensiones prosperan, las condenas son multimillonarias.
- Las mayores quejas se presentan por diagnósticos tardíos o complicaciones cuando se consulta por sintomatología en general, seguido de malos resultados de cirugías y procedimientos programados y Controles de embarazo y atención de parto.

RECOMENDACIONES

- Contextualizar la Ley de Ética Medica de 1.981 de acuerdo a la Ley 100 de 1.993
- Que las sesiones del Tribunal de Ética Medica se realicen con la asistencia de la mayoría absoluta de sus Magistrados y ante la inasistencia de alguno de ellos por motivo de fuerza mayor o caso fortuito se lo remplace según la normatividad vigente.
- Insistir en el mejor diligenciamiento de las historias clínicas, que sean legibles, completas; por cuanto será la única pieza procesal que podrá desvirtuar los cargos de no haber actuado dentro del deber de cuidado exigido. No se debe olvidar que la profesión médica en principio es una profesión de medios y no de resultados.
- El Consentimiento debe ser informado, solicitado por el medico tratante para cada uno de los procedimientos que se le vaya a realizar, dándole y registrando toda la información respectiva, siempre teniendo en cuenta el nivel cultural del paciente.
- A pesar de que la Ley 100 de 1993 haya deshumanizado indirectamente la consulta médica, se debe mejorar muchísimo la relación medico – paciente; la cual es el mejor antídoto para evitar encontrarse en los estrados judiciales.
- Mejorar las relaciones interpersonales con los colegas médicos y el personal paramédico; para que las quejas que se presenten en contra de ellos no sean el producto de las desavenencias; de la misma manera que la historia clínica no se utilice como receptora de sátiras o de burlas en contra de los otros profesionales tratantes.
- El medico en Servicio Social Obligatorio y los Generales, no deben olvidar que cuando no se trata de seguir indicaciones medicas prescritas por los Especialistas, ellos tienen autonomía científica.
- Los médicos no deben privarse de solicitar todos los exámenes necesarios para esclarecer un diagnóstico. La prescripción no acogiéndose a lex artis que para el presente caso son los protocolos de manejo y el paciente se complica; no solo se expone a que eleven una queja contra él, sino que se expone a una investigación disciplinaria institucional, una demanda civil y un denuncia penal.

- Los médicos deben tener bien presente, que las E.P.S., I.P.S., E.S.E., etc. les limitan tanto la solicitud de exámenes paraclínicos como la prescripción de medicamentos; pero en caso de una demanda contra la institución; esta como Poncio Pilato llama de inmediato al medico en Garantía para que responda con su patrimonio en caso de ser condenada, por lo cual no deben apartarse en el ejercicio profesional de aplicar la ley de Ética medica

BIBLIOGRAFÍA

ATAZ LÓPEZ, Joaquín. Los médicos y la responsabilidad, Edit. Montecorvo Madrid, 1985, p. 307, 308. En: VÁZQUEZ FERREYRA. Op. cit., p. 94.

BUERES, Alberto J. Responsabilidad Civil de los médicos. Editorial Hammurabi, de Palma Editores, segunda edición, 1.992. P. 89 y 160 S.S.

CHACON PINZON, Antonio José. "Fundamentos de Responsabilidad Medica". Editorial Retina.

CODIGO CIVIL COLOMBIANO. Editorial Ieyer. Novena edición

CONGRESO NACIONAL DE COLOMBIA. Ley 23 de 1981, Código de Ética Médica, Artículo 1, Parágrafo 1.

CONSEJO DE ESTADO. Exp. 11577 Septiembre 26 de 1996. Mag. Pon. Dr. Carrillo Ballesteros. Sección Tercera.

CONSEJO DE ESTADO. Exp. 8998 Junio 2 de 1994. Mag. Ponente Dr. Uribe Acosta. Sección Tercera.

CONSEJO DE ESTADO. Exp. 8023 Febrero 17 de 1994. Mag. Ponente Dr. Betancur Jaramillo. Sección Tercera

CONSEJO DE ESTADO Exp. 5666 Julio 12 de 1990. Mag. Ponente Dr. Uribe Acosta. Sección Tercera

CONSEJO DE ESTADO. Exp. 8273 Febrero 25 de 1994. Mag. Ponente Dr. Betancur Jaramillo. Sección Tercera.

CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA DE 1991

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 14-03-42. Sala de Negocios Generales.

Decreto No. 3380 de 1981. Reglamentario de la ley 23 de 1981

Decreto No.2174 de 1995 del Ministerio de Salud, por el cual se establece el Sistema Obligatorio de la Garantía de la Calidad.

GUZMAN MORA, Fernando. Criterios para definir la responsabilidad civil del acto médico. Revista Colombiana Responsabilidad Médico legal, 1998.

HENAO, Juan Carlos. "El daño". Primera edición. Editorial Universidad Externado de Colombia.

ITURRASPE. Mosset, Responsabilidad Civil del médico. Editorial Astrea: Buenos Aires, 1979, p. 267 a 269

JAKOBS, Gunther. "La Imputación Objetiva en Derecho Penal". Primera edición 1994, cuarta reimpresión 2004. Editorial Universidad Externado de Colombia.

LOPEZ DIAZ, Claudia. "Introducción a la Imputación Objetiva". Primera edición 1996, cuarta reimpresión 2004. Editorial Universidad Externado de Colombia.

MINISTERIO DE SALUD. Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. MMT: Manual de Medicamento y Terapéutica.

Resolución No. 1995 de 1999 del Ministerio de Salud, mediante el cual se establecen normas para el manejo de la Historia clínica.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Ricardo. "Derecho Administrativo General y Colombiano". Duodécima edición. Editorial Temis.

SALA NOVENA DE REVISIÓN, Sentencia T-659 de 2002, Ref.: Exp. T-589908. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

SARMIENTO GARCIA, Manuel Guillermo. "Estudios de Responsabilidad Civil". Primera edición. Editorial Universidad Externado de Colombia.

Sentencia T-411 de 19 de septiembre de 1994. Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia T-474 de 25 de septiembre de 1996. Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz.

Sentencia C-197 del 20 de mayo de 1993.

Sentencia del 1º de agosto de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero,

Sentencia C-333/96 de la Corte Constitucional.

Sentencia del 22 de marzo de 2001, expediente 13.284.

Sentencia T-477 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Fundamento jurídico N° 11.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. “De la Responsabilidad Civil – de las presunciones de responsabilidad y sus medios de defensa”. Tomo I. Segunda edición. Editorial Temis.

VALLEJO, Felipe. La responsabilidad civil médica. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia No. 300-301 mayo – noviembre de 1993, p. 33

VALENCIA ZEA, Arturo. “Derecho Civil de las Obligaciones”. Tomo III. Novena edición. Editorial Temis.

VAZQUEZ FERREIRA, Roberto. Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina. Biblioteca Jurídica Dike, 1ª Edición Colombiana, Medellín, 1993, pp. 78,79.