

Ética en Medicina

Dr. Fernando Guzmán Mora*, **Dra. Cnel.^a Sara Edith Moreno Mazo****, **Dr. Tte. Cnel. Carlos Alberto Arias Páez*****, **Dr. Cnel. Ricardo María Barragán Gómez******

* Cirujano cardiovascular, Hospital Militar Central y Clínica Palermo de Bogotá. Magistrado, Tribunal Nacional de Ética Médica. Abogado Magna Cum Laude, Universidad Militar Nueva Granada. Profesor Ad Honorem, Facultad de Medicina, Universidad Militar Nueva Granada. Candidato a Magíster en Derecho Penal, Universidad Libre. Aspirante a Magíster en Bioética, Universidad El Bosque. Catedrático de Derecho, Universidad Libre y Universidad Gran Colombia, Bogotá, Colombia.

** Cirujana oftalmóloga, glaucomatóloga. Subdirectora de Servicios Ambulatorios, Hospital Militar Central. Especialista y Magíster en Bioética, Universidad El Bosque. Especialista en Docencia Universitaria, Universidad Militar Nueva Granada. Profesora Ad Honorem, Facultad de Medicina, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia.

*** Cirujano. Jefe de Servicios Cardiovascular y Vascular Periférico, Hospital Militar Central. Cirujano Cardiovascular, Clínica Palermo. Profesor Ad Honorem, Facultad de Medicina, Universidad Militar Nueva Granada. Instructor ATLS, Sociedad Colombiana de Cirugía, Bogotá, Colombia.

**** Cirujano cardiovascular, Hospital Militar Central. Jefe de Cirugía Cardiovascular, Clínica Palermo. Profesor Ad Honorem, Facultad de Medicina, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia.

Nota: Este trabajo es fruto de investigaciones y revisiones del Grupo de Estudios Bioéticos y Jurídicos del Hospital Militar Central (GEBJ-HMC).

Correspondencia:

Dr. Fernando Guzmán Mora
Calle 147 n.º 19-50 Of. 32, Bogotá, Colombia.
Tel. (571) 6279975
ferguzmancol@gmail.com

• Responsabilidad civil del acto médico

Debido al incontenible avance de las ciencias y, en particular, de las ciencias biológicas, la jurisprudencia ha tenido que enfrentar retos antes insospechados. Los problemas clásicos del actuar médico han continuado pero unidos a situaciones nacidas de la nueva tecnología y de las nuevas concepciones de la enfermedad que han dado origen a problemas éticos, filosóficos, políticos, profesionales y legales.

Responsabilidad es la obligación de dar cuenta ante la sociedad por las consecuencias de un hecho o acto.

Las normas de comportamiento social tratan de proteger a las personas (naturales o jurídicas) entre sí, con el fin de evitar atropellos y lograr en esa forma la preservación del equilibrio social en general.

En términos amplios, la responsabilidad puede ser catalogada como:

- Personal: cuando solo se debe responder ante la propia conciencia de un acto inmoral.
- Profesional: que consiste en dar cuenta ante organismos especializados, encargados de vigilar que unas normas de desempeño de una ciencia o arte se cumplan.
- Jurídica: que obliga a responder ante la sociedad, en cabeza de sus jueces, por una transgresión a la ley.

La responsabilidad jurídica, a su vez, puede ser:

- Civil: particularmente cuando se atenta contra un bien o derecho de tipo privado, lo cual obliga a resarcir en forma patrimonial o pecuniaria.
- Penal: cuando se afecta un derecho catalogado como bien social, el cual incluye la vida e integridad de los individuos de modo que cuando se viola obliga a pagar mediante sanción o pena que la sociedad impone.

- Administrativa: cuando el responsable es un ente público o un servidor oficial.

La responsabilidad penal se origina en una conducta tipificada como prohibida por la sociedad. Esta responsabilidad es absolutamente personal y cesa con la muerte del individuo.

Una persona es responsable civilmente cuando en razón de haber causado un daño a otra se halle obligada a repararlo. La responsabilidad civil es la consecuencia jurídica de la relación de hecho que existe entre quien causó el daño y quien lo sufrió, de lo cual surgen las obligaciones de reparar el daño y el derecho a exigir tal indemnización.

La responsabilidad civil puede ser:

- Contractual: se origina en el incumplimiento de obligaciones nacidas a través de un contrato.
- Extracontractual: se origina en el daño al patrimonio de otra persona con quien no existe un vínculo contractual y tiene como fuente una conducta que rompe el deber de diligencia, cuidado y prudencia de las personas en sociedad.

Por dar origen a un crédito, la responsabilidad civil es transmisible, es decir, puede transferirse a los herederos, quienes eventualmente deberán responder con su patrimonio de los hechos ocasionados por su pariente.

Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual

La lesión causada a un derecho subjetivo absoluto origina responsabilidad extracontractual o responsabilidad Aquiliana, y la lesión de los derechos personales o de crédito da lugar a la responsabilidad contractual.

En la responsabilidad extracontractual puede incurrir cualquier persona respecto de otra; en cambio, en la responsabilidad contractual solo puede incurrir el deudor.

Los daños causados a los derechos absolutos están regulados en el Título XXIV del libro IV del Código Civil, mientras que los personales o de crédito lo están en el Título XII del mismo libro.

El acreedor de una responsabilidad contractual solo debe probarla en ejecución del contrato, es decir, no hay necesidad de probar la culpa del deudor pues ella se presume; en cambio, el acreedor de la indemnización tiene la carga de la prueba pues tiene que demostrar la culpa del autor del daño.

En la responsabilidad contractual, si no hubo dolo el autor está limitado a los términos que se previeron al momento del contrato y si hubo dolo responderá por aquellos que fueron consecuencia inmediata y directa del incumplimiento; en la responsabilidad extracontractual se comprenden todos los perjuicios indemnizables.

En la responsabilidad contractual son admisibles las cláusulas de exoneración; en la extracontractual no por violar normas de orden público.

En materia contractual, la ley se rige por el lugar de la celebración del contrato; la extracontractual, por el lugar en que ocurrió el hecho.

En materia contractual la responsabilidad directa prescribe en veinte años excepto cuando provenga de un delito, evento en el que tendrá el término establecido en el Código Penal (C. P.) para ese delito; y si es indirecta prescribe en tres años.

En la contractual se viola un contrato; en la extracontractual, un deber legal.

En materia contractual se tiene en cuenta si la culpa fue grave, leve o alta; en lo extracontractual no importa.

Ambas poseen los mismos elementos estructurales: un acto ilícito, un daño y un nexo causal entre ellos.

No pueden ejecutarse las acciones para reclamar las reparaciones conjuntamente pues cada una tiene su regulación especial.

La tesis de la responsabilidad subjetiva exige cuatro elementos:

- Una conducta humana
- Que el autor haya obrado con dolo o culpa, elemento subjetivo o psicológico
- Daño o perjuicio
- Nexo causal entre daño y culpa

La tesis de la responsabilidad objetiva exige:

- Un acto material imputable
- Un daño
- Un nexo causal entre el acto imputable y el daño

Culpa

Consiste en un error de conducta que no habría cometido una persona prudente y diligente colocada en las mismas

circunstancias externas en que obró el autor del daño.

El presupuesto es que la culpa como presupuesto de la responsabilidad civil extracontractual debe probarse. Las excepciones a la regla son:

- La que grava a la persona que tiene vigilancia de un incapaz en caso de un daño causado por esta. Admite prueba en contrario.
- La persona que por ley o convención tenga a su cargo la vigilancia de otra. Admite prueba en contrario.
- Quien delega una función en otro.
- La que pesa sobre el guardián de una cosa por el daño que ella cause.
- El propietario de un edificio en ruina.
- La que pesa contra quien tiene un animal bajo su guarda.
- La del ejercicio de actividades peligrosas

De lo anterior resultan tres situaciones:

- Cuando la culpa debe probarse por parte de la víctima, como sucede en la responsabilidad por el hecho propio.
- Cuando la culpa se presume contra el autor del daño pero que admite prueba en contrario, como es la responsabilidad por el hecho ajeno.
- Cuando la culpa se tiene como probada como fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa de la víctima.

Culpa contractual y culpa extracontractual

- La culpa contractual se basa en la preexistencia de una relación obligatoria cuya contravención o incumplimiento obliga a indemnizar daños y perjuicios causados.
- La culpa extracontractual está configurada por los actos u omisiones que sin afectar un vínculo preexistente producen un daño que genera responsabilidad.

La reparación de la culpa extracontractual es más amplia porque comprende los perjuicios morales, en tanto que la culpa contractual en la reparación se regula de acuerdo al contrato.

La culpa contractual se presume pues basta el incumplimiento del contrato; la extracontractual debe probarse.

Daño en Medicina

Es un elemento de la responsabilidad que es toda lesión o detrimento que sufre una persona en sus bienes, derechos subjetivos patrimoniales y extrapatrimoniales, a causa de un hecho causado por otro.

Requisitos:

- Daño directo: Que realmente el hecho de la persona sea la causa del perjuicio. El perjuicio directo es lo que dejó

de percibir, pero tiene unas consecuencias indirectas (circunstancias que se derivan de forma subsidiaria).

- Daño actual: Que el daño o perjuicio esté presente en el momento de intentarse la acción de responsabilidad civil.
- Daño cierto o real: Que el daño se presente sobre las cosas y hechos ciertos y reales. Descarta todas las hipótesis del hecho real.

Clases de daños o perjuicios:

- De orden material. Se analiza desde dos puntos de vista:
 - a. Lucro cesante: Los perjuicios que se le causan a una persona por el incumplimiento de otra (Art. 1614 del Código Civil (C. C.)).
 - b. Daño emergente: Lo que deja de percibir una persona por el incumplimiento de otra (Art. 1614 del C. C.).
- De orden moral. Se estudia desde dos puntos de vista:
 - a. Subjetivo: Dolor o pena que sufre la víctima o un pariente y que son invaluable.
 - b. Objetivo: Es el perjuicio causado que es avaluable en dinero. Solo lo tasa el juez (equivalente máximo de un mil gramos oro).

Podremos hablar de daño reparable siempre que se afecte un bien patrimonial o extrapatrimonial protegido por la ley. Este principio del derecho privado se enuncia de la siguiente manera: “Todo el que causa un daño está obligado a repararlo...”.

Pero atendiendo a los términos de la definición, comprendemos que esa reparación correrá a cargo de una persona solo cuando legalmente pueda considerarse que es “culpable”, ya que a nadie puede reclamarse por los actos que cometa sin culpabilidad. “Fue sin culpa”, decimos coloquialmente cuando queremos que nos excusen de un comportamiento que es malo o causa incomodidad o daño, pero que no nos sentimos en la obligación moral de reparar.

En efecto, puede darse el caso (y es más frecuente de lo que se piensa) de un paciente que ingresa a un centro asistencial o consulta a un médico en su despacho privado, buscando alivio a su dolor; el profesional lo interviene y el resultado esperado no se obtiene. El paciente continúa con su molestia o enfermedad.

Pregunta: ¿Puede exigirse al médico la indemnización? Porque en realidad el paciente invirtió un dinero, dejó de trabajar un tiempo mientras estuvo recluso o incapacitado, sufrió las molestias propias del tratamiento o intervención, en fin, quiere recuperar lo económico ya que su salud no tuvo mejoría.

Respuesta: Hemos de decir categóricamente que, sin que se haya desmejorado la salud (física o mental según se trate el caso por el que se haya acudido a la consulta), en el caso en que la actividad del médico ha sido correcta de acuerdo con la ley del arte y si, sin su culpa, el estado del paciente no ha mejorado, no habrá lugar a indemnización. Se ocasionó un daño, es cierto, pero también lo es que ese daño no es indemnizable porque no es culpable.

Existe el nexo causal entre daño y culpa cuando el hecho del médico es el que produce el daño o perjuicio.

• Obligaciones de medio y de resultado en Medicina

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

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

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

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

Pero como en el caso de la medicina, ¿qué ocurre si el elemento material es un organismo vivo que reacciona de manera autónoma? Ocurre que este organismo tiene su propia dinámica, de modo que el médico, aunque puede

aproximarse mediante los exámenes que previamente practique en la etapa diagnóstica, nunca sabrá en forma rotunda el comportamiento final sino cuando este ya se haya producido. El “alea”, pues, está presente; y esa dosis de incertidumbre que envuelve todavía a la ciencia médica, impide que el galeno garantice un resultado concreto.

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

Esta manera distinta de ver el asunto fue introducida en el derecho alemán por Schlossmann, para quien en toda obligación *debe distinguirse la conducta del deudor del resultado obtenido con esa conducta*. El objeto de la obligación no consistiría en dar, hacer o no hacer algo; el objeto de la obligación sería “la actividad del deudor”. El fin de la obligación sí sería el resultado, pero ese fin puede alcanzarse o no.

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

Como enseña el expresidente de la Corte Suprema de Justicia, Dr. Guillermo Ospina Fernández: “Las obligaciones son de medios cuando el resultado a que estas apuntan sobrepasa lo que el acreedor justamente puede exigir al deudor... Esta clasificación coadyuva en la ardua labor que corresponde a los jueces de determinar, en cada caso concreto y según las circunstancias, si la obligación ha sido cumplida o no, o, mejor aún, si la prestación o prestaciones que ella impone han sido o no ejecutadas...”

En Argentina, por ejemplo, la doctrina general se encuadra dentro de las obligaciones de medio, cuando se afirma que:

No debe perderse de vista que también la ciencia médica tiene sus limitaciones, y que en el tratamiento clínico o

quirúrgico de las enfermedades existe siempre un alea que escapa al cálculo más riguroso o a las previsiones más prudentes y, por ende, obliga a restringir el campo de la responsabilidad... El médico, cualquiera fuere la fuente de su obligación, contractual o aquiliana, nunca puede prometer la conservación de la vida del paciente ni la extirpación de la dolencia; basta que actúe, en la conducción de sus actos profesionales, con la diligencia común a todo ser humano [...].

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

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

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

El ad quem desea dejar en claro que la responsabilidad médica sigue siendo tratada en la Jurisprudencia de la Corporación como de *medios*, o sea de *prudencia y diligencia*, lo que obliga al profesional de la medicina y a los centros de atención a proporcionar al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos científicos, y a la práctica del arte de curar, son conducentes para tratar de lograr el *fin* deseado, siendo igualmente cierto que no se puede ni debe asegurar la obtención del mismo.

Esta verdad jurídica impone que, de acuerdo con los principios generales que rigen la carga de la prueba, le incumbe al actor la demostración de los hechos en que funda su pretensión y al demandado, la prueba de los hechos que excusan su conducta. En esta materia la Sala solo reivindica la precisión jurisprudencial que hizo la sentencia del 30 de junio de 1992, con ponencia del Dr. Daniel Suárez Hernández, cuyo universo conceptual no compromete, en el caso en comento, el centro de imputación jurídica demandado,

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

El sentenciador no avala la tesis de quienes predicán que la prestación del servicio médico es una *actividad riesgosa* y que, por lo mismo, su sola ejecución defectuosa comporta una suerte de responsabilidad objetiva, extraña a la idea de *culpa*.

Por ello, no se comparte el criterio de quienes en la doctrina expresan su adhesión a soluciones de "lege ferenda" y proponen que la sola presencia de la infracción dañosa genera presunción de culpa en contra del médico o del centro hospitalario en que se atendió el enfermo. Es por eso que el profesor Jorge Bustamante Alsina, al ocuparse del estudio de la materia, enseña:

Este amplio criterio de razonabilidad de que dispone el juez en orden al deber de buena fe con el que deben actuar las partes en el proceso y en relación al mérito probatorio de los elementos arrimados al juicio, permitirán a aquel en el momento de dictar el fallo, determinar presunciones "homini" de culpa contra la parte que observó una conducta pasiva para demostrar su no culpa, cuando se hallaba en condiciones más favorables de hacerlo (favor probaciones) que el accionante, a su vez, para probar la culpa del demandado. Esta aplicación del concepto de carga probatoria dinámica es de excepción, pero sin duda se compadece con el criterio de equidad en la relación procesal entre las partes.

¿Cómo se conoce una obligación de medio?

¿Qué criterios existen, desde el punto de vista legal, para reconocer cuándo una obligación es de medio o de resultado? La primera la presenta el profesor Tamayo Jaramillo: "En la práctica lo que caracteriza las obligaciones de resultado es el hecho de que el deudor a veces no tiene forma de liberarse y otras solo lo libera la prueba de una causa extraña; mientras que en las obligaciones de medio el deudor en ocasiones se presume culpable, pero se puede desvirtuar la presunción demostrando diligencia y cuidado, y en otras oportunidades al acreedor o víctima le corresponde demostrar la culpa del deudor...".

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

- 1- Por decisión expresa del legislador, al establecer que el deudor sea condenado solamente cuando se demuestre culpa, y determine un régimen probatorio de dicha culpa, bien sea porque la carga de la prueba recaiga en el demandante (quien tendrá que probar que el médico actuó

- incorrectamente) o en el demandado (quien tendrá que probar que actuó en forma adecuada) (Art. 1730 y 2005 del C. C.).
- 2- Por acuerdo de las partes, quienes libremente pueden convenir en que la obligación sea de medio o de resultado, al amparo del artículo 1604 del Código Civil.
 - 3- Cuando ni el legislador ni las partes han determinado si la obligación es de medio o de resultado se debe tener en cuenta el número de probabilidades de alcanzar el objetivo pactado entre las partes. En el caso de la medicina, debido al gran número de circunstancias y variables no controlables (anatomía humana, reacciones fisiológicas, enfermedades y lesiones no detectadas a pesar de un buen estudio previo) y de una serie de innumerables sucesos impredecibles, todo acto médico, incluyendo la cirugía estética, debería considerarse como una obligación de medio y no de resultado.

En las obligaciones de resultado la responsabilidad del deudor queda comprometida desde que aquel no se obtiene, mientras que en las de medio la sola falta del resultado querido no basta, pues se requiere, además, una conducta culpable o dolosa del deudor. Esto acarrea una gran facilidad probatoria en el primer caso, ya que para comprometer la responsabilidad del deudor bastará demostrar el contrato y no haberse obtenido el resultado prometido, arrojando sobre la parte contraria toda prueba eximente, y una mayor dificultad en el segundo, pues para comprometer la responsabilidad del obligado habrá que demostrar su culpa o dolo.

• El consentimiento informado

El consentimiento del paciente, o su autorización, es uno de los elementos del contrato de prestación de servicios médicos. Como adelante veremos, para que una persona se obligue a otra por un acto de declaración de voluntad, es necesario que sea capaz, que consienta en dicho acto, que su consentimiento no adolezca de vicios, que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga, además, una causa lícita (Art. 1502 del C. C.).

Reviste la mayor importancia el estudio de lo que constituye un consentimiento pleno y libre de vicios en los aspectos médicos. De la manifestación de la voluntad depende que la relación médico-paciente comporte para cada uno de dichos sujetos derechos y obligaciones determinadas.

Si no es libre y exenta de vicios, la autorización o aceptación del paciente no existirá o será invalidada en el terreno legal, con graves consecuencias para el médico; consecuencias civiles y penales que se convertirán en perjuicios, y los

perjuicios causados a otro se pagan con dinero o con cárcel.

A este respecto, la responsabilidad se define como la obligación de reparar y satisfacer. En este caso es la del médico al incumplir la prestación a la que se comprometió en el contrato-acto de voluntad bilateral de prestación de servicios médicos.

Nuestra Medicina occidental, la más compleja, tecnificada y sofisticada de cuantas han existido jamás en la tierra, enfrenta un problema adicional de vieja data y tradición histórica: las demandas y quejas de los particulares. T. Ferguson dice con sobrada razón en su excelente artículo: “Nunca como ahora había tenido la Medicina tanta tecnología y tan excelentes resultados. Pero nunca como ahora se habían visto tantas acciones legales en contra de los médicos”.

Definición

El consentimiento se define como la declaración de voluntad sobre un objeto (Art. 1517 del C. C.). Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas en que se trata de dar, hacer o no hacer.

Según Kant, voluntad es el modo de querer de aquellos seres racionales que, cuando desean un determinado fin, desean también los medios oportunos para alcanzarlo, aun contando con la debilidad en la praxis.

En el campo médico este consentimiento puede ser otorgado con fines específicos, entre otros:

- Para tratamiento farmacológico
- Para procedimientos diagnósticos no invasivos
- Para procedimientos invasivos diagnósticos
- Para procedimientos terapéuticos no quirúrgicos
- Para procedimientos quirúrgicos
- Para cirugía estética
- Para tratamiento no convencional “heroico”
- Como sujeto de experimentación
- Como donante de órganos

No se hará referencia en este punto al consentimiento del médico; a pesar de ser indispensable la existencia de contrato de prestación de servicios, no se tocará este tema porque ante la obligación que su juramento le impone, el médico debe actuar, es decir, salvo algunos escasos rarísimos está “obligado” a prestar sus servicios. Por lo tanto, se desarrollará el tema esencialmente del consentimiento del paciente.

Para que los actos humanos, en nuestro sistema jurídico, produzcan efectos plenos deben ser realizados con consentimiento. Ese consentimiento debe ser exento de vicio: error,

fuerza o dolo (Art. 1508 del C. C.). En caso contrario, el acto estará viciado de nulidad y no producirá ningún efecto o producirá otro distinto al que normalmente se persigue con este obrar.

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

1. El consentimiento solo puede ser otorgado por personas mayores de edad. El de los menores genera actos nulos (relativamente nulos o absolutamente nulos, dependiendo de la edad misma).
2. El consentimiento no puede provenir de personas consideradas por la ley como incapaces mentales.
3. El consentimiento debe expresarse ejerciendo la libertad individual. Por lo tanto, cuando se obtiene por la fuerza, genera un acto nulo o viciado de nulidad.
4. Debe existir concordancia entre lo querido y lo aceptado. Por lo anterior, el engaño y el error vician el consentimiento.

Condiciones para que exista consentimiento en Medicina

En los actos médicos, la situación es compleja. Las condiciones mínimas para que pueda existir un acto de consentimiento médico son, de acuerdo con varias legislaciones:

Capacidad

La capacidad de los sujetos para poder llevar a cabo un hecho de responsabilidad legal o imputabilidad se fundamenta en el uso completo de las facultades intelectuales, el criterio suficiente para juzgar los riesgos y alternativas, así como la integridad de las funciones mentales para comunicar esta decisión. De acuerdo al Artículo 1503 del Código Civil: “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellos que la ley declara incapaces”. Y el Artículo 1504: “Dementes, impúberes, sordomudos que no pueden darse a entender por escrito (absolutos); menores y adultos disipados que se hallen en interdicción...”. Las personas con alteraciones mentales transitorias o permanentes y los menores de edad están legalmente excluidas de esta categoría.

En caso de incapacidad del paciente, sea por problema mental, neurológico u otro, el consentimiento debe ser firmado por su pariente o allegado más cercano, a quien debe explicarse en la misma forma que al enfermo en uso de sus capacidades mentales.

Este punto se contempla en el Código de Ética Médica Colombiano (Título II, Capítulo I, Artículo 14): “El médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a per-

sonas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata”.

En casos de autorización por parte de los allegados de la persona enferma e incapaz, se presume que al ser ellos personas racionales y quienes legalmente representan al enfermo, deben tomar una decisión basados en el conocimiento de su personalidad.

En caso de extrema urgencia, cuando se encuentre en peligro la vida de la persona incapaz y su familia no esté presente y no sea posible obtener dicho consentimiento, se debe dejar una constancia muy clara en la historia clínica de la situación antes de proceder a tratar el paciente.

Posesión del derecho

Para que exista consentimiento se requiere la posesión o titularidad del derecho, bien o interés sobre el cual el sujeto consiente el acto médico.

Este es un punto importante. La vida humana, aunque es disfrutada por la persona individual, es en esencia un bien social que las instituciones protegen por encima de todo. Por lo tanto, en lo que respecta al acto médico, la conservación de la vida prima sobre la calidad de la misma que pueda ofrecerse (aunque desde el punto de vista ético podría ser discutible). Esta es la esencia de la justificación de muchas intervenciones como la cirugía radical parcialmente incapacitante o la quimioterapia en casos de enfermedad maligna, a pesar de los resultados o efectos colaterales molestos que puedan producirse en el enfermo.

Puede servir de ejemplo lo que ocurre con la persona que presenta un tumor maligno de cuello que requiere extirpación amplia que incluye mandíbula, piso de la boca, lengua y parte de las estructuras del cuello, con sus terribles consecuencias estéticas que brindan una sobrevida mayor en cantidad, pero “deficiente” en calidad. También, la utilización de drogas antineoplásicas de efectos secundarios tan desagradables como la pérdida del cabello, la postración física del individuo y la aparición de síntomas gastrointestinales intensos a corto plazo.

Podría discutirse en este punto la posición de algunas religiones, como los testigos de Jehová, que no aceptan la práctica de transfusiones sanguíneas aun en caso de extrema urgencia. Según algunas opiniones, el médico en estos casos puede proceder a utilizar la transfusión bajo el amparo de la ley, pues el derecho a la vida prima sobre el derecho a la

libertad religiosa. Según otros, violar esta determinación de la persona viola el derecho a determinar sus creencias religiosas, lo cual también es ilegal.

Libertad

Se requiere la libertad de los sujetos, tanto del médico como del paciente, respecto de la decisión de efectuar el acto médico. Es lógico que se excluyen de esta categoría la coacción de cualquier tipo (física, moral, intelectual, económica, etc.) y la falsa información o engaño por parte de cualquiera de los sujetos.

La base del consentimiento es la voluntad de la persona de participar en el acto médico, previo conocimiento de las alternativas de tratamiento y de todas las posibles complicaciones que implique el procedimiento o terapéutica al cual vaya a ser sometido. Por lo tanto, es esencial una buena información al paciente.

La decisión que tome el enfermo es absolutamente personal e individual. Se presume que está escogiendo entre dos riesgos (dejar progresar la enfermedad al no aceptar el tratamiento o someterse al riesgo que este implica).

Esto también está consagrado en el Código Civil (Art. 1510): “El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra”. Y en el Art. 1511: “El error de hecho vicia asimismo el consentimiento, cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el que versa el acto o contrato es diverso de lo que se cree”.

Información adecuada

La información que se presente al paciente debe ser verdadera, clara, completa y discutida con él. Esta información es un derecho esencial del paciente para poner en ejercicio su libertad. De lo contrario, al presentar el médico una explicación errónea, falsa o malintencionada, no solamente se está faltando a un principio ético, sino que se está vulnerando la libertad de decisión del paciente.

Ejemplo: El médico que advierte falsamente al enfermo sobre la falsa urgencia inminente de extirpar unas várices incipientes susceptibles de manejo no quirúrgico, aduciendo la posibilidad inmediata de una inflamación perentoria (tromboflebitis).

A este respecto puede presentarse la discusión sobre si debe informarse la verdad completa, por las repercusiones que tal información pueda tener en el enfermo que no se encuentra preparado para recibirla. Es obvio que en este

punto hay que ser sumamente cuidadoso, pues de la forma como se presenten las cosas al paciente, pueden depender efectos negativos.

Además, puede pensarse que el ser humano agobiado por el dolor y la angustia no se encuentra completamente libre para tomar una decisión trascendental en relación con su cuerpo.

De cualquier forma, una buena práctica consiste en informar siempre a la familia acerca de la situación real del paciente y su enfermedad.

Ejemplo: Un hombre de 40 años de edad, tiene una masa en el tórax secundaria a un tumor maligno en el intestino. El médico le dice en el consultorio que muy seguramente tiene un cáncer metastásico y que las posibilidades de sobrevivida son muy pocas, sin tener en cuenta que el enfermo tiene antecedentes de intento de suicidio.

A este respecto hay discusión. Algunos afirman que el paciente debe conocer toda la verdad, con el objeto de arreglar sus asuntos familiares y económicos en forma definitiva. Otros, por el contrario, piensan que no se debe angustiar al paciente y más bien someterlo al tratamiento sin que sepa que su pronóstico es pésimo.

Aunque el médico debe ofrecer siempre alguna esperanza a su paciente, las circunstancias actuales obligan a ofrecer la información en forma clara. De lo contrario, se está agrediendo el derecho de la persona a conocer la verdad y a proceder según sus necesidades.

El tema de la información también ha sido contemplado por la ley (Ley 23 de 1981, Título II, Capítulo I, Artículo 18): “Si la situación del enfermo es grave, el médico tiene la obligación de comunicarla a sus familiares o allegados y al paciente en los casos en que ello contribuye a la solución de sus problemas espirituales y materiales”.

Causa o motivo del acto

El Artículo 1524 del Código Civil dice: “No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato...”.

Por lo anterior, se presume la existencia de una causa para ejercer el acto médico, tanto en el sujeto pasivo (donación de un riñón por parte de un padre a su hijo que requiere un trasplante), como en el activo (el planteamiento de una

terapéutica por parte de un médico a su paciente, debido a una enfermedad específica).

Aquí se parte de la base del comportamiento ético por parte del médico con base en su formación y de la conducta correcta del paciente basada en su correcta información.

El motivo principal del acto médico no puede ser económico. La medicina es una profesión altruista y humana por definición. Si bien es cierto que los médicos deben recibir una remuneración adecuada por su trabajo, el motor principal del ejercicio médico no puede ser el dinero sino la conservación y el mejoramiento de la vida humana.

Documento

Se insiste en la necesidad de la existencia de un documento en donde expresamente se consienta la práctica del acto médico. Los médicos han prestado atención especial a los procedimientos invasivos, olvidando que cualquier tratamiento puede presentar riesgos y efectos secundarios que deben ser conocidos por el enfermo y expresamente consentidos en forma documental.

En casos de extrema urgencia, el documento debe obviarse por estar de por medio la vida del paciente, dejando una clara nota en la historia clínica a este respecto.

Reversibilidad

Por último, debe tenerse bien claro que hay reversibilidad, es decir, la revocatoria del consentimiento por parte del paciente. Consentir un procedimiento no implica no poder poner marcha atrás en la decisión. El enfermo no solamente puede arrepentirse de aceptar el tratamiento propuesto, sino que puede además cambiar de médico en cualquier momento. Esto puede aplicar también al médico en forma de terminación unilateral del contrato de prestación de servicios médicos, en casos específicos, también contemplados en la ley.

Algunas doctrinas sobre el consentimiento del acto médico

En otros países se habla del “consentimiento bien informado”, es decir, el obtenido de persona capaz luego de un análisis tranquilo y completo de la situación. Y aunque la solución al problema de lo que debe entenderse por “bien informado” aún no llega de manera definitiva, existen ya criterios bastante definidos que permiten un margen grande de seguridad al ejercicio profesional. Veamos brevemente lo que ha sido su evolución.

Las enmiendas añadidas a la Constitución de los Estados Unidos el 3 de abril de 1791 consagraron la Carta de

Derechos y entre ellos el del “debido proceso”, que tuvo como objeto hacer prevalecer la autonomía personal y obligar al Estado a vencer en pleito al individuo con apego estricto a las formalidades legales.

Como consecuencia de estas garantías fundamentales, se reconoció que la órbita de autonomía personal no puede ser invadida arbitrariamente por nadie. Esta soberanía individual hace presumir que cada quien puede elegir libre y conscientemente la mejor alternativa.

En 1914 se sentó la siguiente doctrina: “Todo ser humano con edad adulta y mente clara tiene el derecho a decidir qué se hará con su propio cuerpo; y un cirujano que realiza una intervención sin el consentimiento de su paciente comete un atropello”. De manera que el paciente debía tener, por lo menos, una información básica sobre el asunto en cuestión y la violación de este derecho implicaba la negación del derecho de autonomía de la persona.

Posteriormente (1957-1972), se desarrolló el criterio de informar al paciente de manera “adecuada”, es decir, no ya en forma general, sino teniendo en cuenta las complicaciones, riesgos y alternativas posibles. Nació el concepto de “negligencia profesional”, en donde interesa conocer si el médico es responsable de un daño causado. Específicamente lo será en todos los casos en que haya ocultado al paciente información sobre el riesgo de los procedimientos.

En 1972 se determina un nuevo esquema de responsabilidad médica: “El derecho del paciente a autodecidir marca los límites del deber de revelar. Dicho derecho solo puede ejercerse eficazmente si el paciente dispone de suficiente información como para posibilitar una elección inteligente” (caso *Canterbury vs. Spence*). En este caso, el médico ha sido claro y la información exhaustiva; pero además debe tratarse con un paciente capaz de procesar debidamente esta información con el objeto de llegar a una determinación responsable.

Por lo anterior, el derecho que tiene el paciente a la información ha logrado un cambio de actitud en el gremio médico, que algunos consideran peligroso y otros encuentran plausible. Hace 20 años el 88 % de los médicos no revelaban el diagnóstico de cáncer; hoy el 98 % dice hacerlo en forma rutinaria y completa.

Las excepciones hacen referencia a los casos en los cuales el paciente no tiene o tiene menguada su capacidad de decisión por factores internos (inconsciencia, inmadurez, demencia, etc.) o por factores externos que al obrar sobre

el sujeto impiden una visión objetiva de la situación y lo inducen a apreciaciones equívocas, llevándolo a error en el procesamiento mental de la información (incultura, presiones familiares, creencias religiosas, superstición, etc.).

Advertencias fundamentales

La existencia de un documento donde se exprese el consentimiento por parte del paciente, aunque no es eximente de responsabilidad para el médico, es en principio una prueba pertinente de que se actuó de acuerdo con su voluntad, además de que materializa las condiciones del contrato de prestación de servicios médicos.

Este es un contrato consensual, es decir que se perfecciona con el acuerdo de voluntades de los contratantes (médico y paciente), sin que la ley exija solemnidad alguna para su existencia y validez. Es decir, todo documento que se suscriba tiene un carácter ad probatorium, que para este contrato específico es de gran utilidad, al presentarse cualquier conflicto que en últimas generará responsabilidades para las partes.

Es lógico pensar que pueden existir excesos y actitudes de mala fe por parte de los enfermos y, por lo tanto, hay que tomar precauciones contra denuncias temerarias. Por ejemplo, cuando un cirujano emprende una operación, aun habiendo advertido al paciente de la necesidad de resección ampliada de un órgano, puede encontrarse con situaciones que cambien el planteamiento inicial y que solamente el profesional, en su acto quirúrgico, está en capacidad de determinar hasta dónde pueden definir la supervivencia y calidad de vida de quien se ha colocado en sus manos, cambiando por consiguiente la estrategia a seguir. Aun así, se enfrenta a la queja del paciente, a pesar de las explicaciones preoperatorias y la situación en la misma cirugía.

• La imprudencia médica

Cuando nos referimos al tema de la responsabilidad, es indispensable hablar de la culpa como uno de los elementos constitutivos de esta. No debe confundirse la culpabilidad con la culpa. La primera es el género y la segunda, la especie. Debido a que el tema correspondiente al presente capítulo no es la culpa, sino la imprudencia, trataremos muy rápidamente los conceptos de culpabilidad y culpa para luego adentrarnos en el elemento imprudencia, que es uno de aquellos que constituyen la culpa.

Como la legislación civil colombiana no define el concepto de culpa, es imperioso remitirnos a la órbita penal en la

que no solo se define, sino que se establecen con precisión sus elementos generadores.

Dentro de la estructura del delito se encuentran tres elementos constitutivos de este, que son:

- Tipicidad
- Antijuridicidad
- Culpabilidad

Para que pueda hablarse de delito es necesario que se encuentren los tres elementos antes indicados. Es decir, que si falta alguno de tales elementos, no existe violación a la ley penal en la acción u omisión que haya realizado la persona a la cual se le imputa una conducta punible.

Dentro del ámbito penal, como ya se anotó, solamente se hablará de delito cuando la conducta desplegada por el actor, además de ser típica (que esté descrita en una norma penal) y antijurídica (que esté vulnerando sin justificación jurídica un derecho legalmente protegido), exista una voluntad encaminada a la realización de dicha conducta. Este último aspecto es el conocido con el nombre genérico de “culpabilidad”. Por ser este aspecto de la culpabilidad un fenómeno que se origina en la parte psíquica del sujeto que ejecuta la conducta, se hablaba de él como aspecto subjetivo del delito. En la actualidad se dice que no siempre la culpa se deriva de la parte subjetiva del actor y, por ello, se habla de la culpa desde el punto de vista objetivo.

La culpabilidad puede darse de tres maneras:

- Por dolo
- Por culpa
- Por preterintención

El Código Penal refiriéndose al dolo establece en el Artículo 36: “La conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible (delito) y quiere su realización, lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como posible” (Paréntesis fuera del texto).

Nótese pues, que la norma citada es clara en establecer la intención de inferir daño a otro para que exista el dolo. En otras palabras, podemos decir que el dolo consiste en una manifestación reprochable de la voluntad de una persona que a sabiendas de que la conducta es constitutiva de un delito, conscientemente desea su realización.

De su parte, la preterintención, que es el aspecto intermedio de la culpabilidad, consiste en que el resultado antijurídico obtenido por el agente supera la intención de este. El ejemplo más claro para ilustrar este concepto es el

de la persona que desea causar lesiones personales a otro y resulta matándolo. En este caso, el agente (agresor) solo deseaba lesionar a la víctima, pero “se le fue la mano y lo mató”. Es decir, que el agresor sí deseaba un resultado delictivo, pero consiguió uno mayor al deseado.

En cuanto a la culpa, el Código Penal en el artículo 37 señala: “La conducta es culposa cuando el agente realiza el hecho punible por falta de previsión del resultado previsible o cuando habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”.

Como se observa, en la culpa ya no existe la intención de causar un resultado dañino determinado, sino que el resultado típico y antijurídico se produce por la omisión del deber de cuidado a que el agente estaba obligado en el caso concreto. De ahí que los elementos generadores de culpa sean:

- La impericia
- La imprudencia
- La negligencia

Podemos decir entonces que la culpa es una forma de conducta irregular en la cual no media una intención de dañar, pero que viola preceptos de prudencia, pericia y diligencia al efectuar una acción determinada, pudiendo con tal descuido ocasionar un daño a otro.

Hasta aquí tenemos más o menos claro el concepto de culpa dentro del ámbito penal, pero, en el campo civil tal concepto no se encuentra definido, como ya anotamos. Aun así, la ley civil sí se refiere a culpa leve, levísima y grave, razón por la cual nos limitaremos a adoptar en materia civil la definición que de esta hacen los hermanos Mazeaud cuando refiriéndose a ella expresan: “Es un error de conducta que no lo habría cometido una persona cuidadosa situada en las mismas condiciones externas que el autor del daño”.

La conducta médica, cuando omite o actúa por fuera de los parámetros de la diligencia, pericia o prudencia, está inmersa en los supuestos de la culpa, y por ello puede encontrarse dentro de los límites de la responsabilidad por el hecho desplegado. Dicha responsabilidad puede ser de tipo penal, civil o ético-disciplinaria.

En cuanto a la responsabilidad desde el punto de vista penal, esta se circunscribe a la violación de la ley penal. Es decir, que la conducta realizada debe encontrarse definida como delito en el estatuto penal pues, de lo contrario, no puede ser constitutiva de delito y por ello no puede seguirse acción penal a la persona que la haya cometido. Lo anterior se fundamenta en el principio “nullum crimen nulla poena sine lege”.

Adicionalmente a que la conducta del sujeto sea típica (que esté descrita en una norma penal), debe ser antijurídica y culpable para que podamos hablar de delito, tal como lo expresamos al inicio de este capítulo. Significa lo anterior que el simple hecho de realizar una conducta que esté descrita en una norma penal como violatoria de la ley, no es suficiente para que se condene a quien la realizó.

El conocimiento de la responsabilidad que tenga que ver con la violación a la ley penal está en cabeza de los jueces penales, quienes pueden declarar penalmente responsable al médico y adicionalmente cuando se ejercita la acción civil dentro del proceso penal, obligarlo al pago de la indemnización de perjuicios que haya sufrido la víctima con ocasión del delito.

En cuanto a la responsabilidad civil, debe aclararse que esta puede darse de dos formas:

- La contractual
- La extracontractual

En cuanto a la contractual, esta aparece cuando alguna de las partes incumple las obligaciones derivadas del contrato o las cumple imperfectamente. En cuanto a la extracontractual, los elementos que la constituyen son:

- un hecho,
- la presencia de la culpa,
- un daño indemnizable,
- y un nexo causal entre el hecho y el daño.

Corresponde a los jueces civiles dirimir los conflictos relacionados con los particulares que reclaman la indemnización de otra persona por el daño que se les ha causado. Tales jueces solamente pueden decidir sobre aspectos meramente patrimoniales.

En cuanto a la responsabilidad ético-disciplinaria, esta se produce cuando el médico actúa por fuera de los límites establecidos en las normas que regulan su conducta, que son la Ley 23 de 1981 y el Decreto Reglamentario 3380 del mismo año.

El órgano encargado de revisar si existió o no una conducta susceptible de sanción ético-disciplinaria es el Tribunal de Ética Médica, pero su decisión no implica responsabilidad de tipo civil o penal, solamente disciplinaria.

Vistos en forma superficial los elementos constitutivos de la culpabilidad y habiendo establecido que uno de ellos, la culpa, tiene como generador además de la negligencia y la impericia a la imprudencia, luego de hacer una alusión a la

prudencia y ética dentro del campo médico, nos ocuparemos de esta última que es el tema central de este aparte.

Prudencia

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la *prudencia* así: “(Del lat. *prudentia*) f. Rel. Una de las cuatro virtudes cardinales, que consiste en discernir y distinguir lo que es bueno o malo, para seguirlo o huir de ello. 2. Templanza, cautela, moderación. 3. Sensatez, buen juicio” (vigésima primera edición, 1992, pág. 1685).

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

Ese deber de cuidado de nuestros actos debe ser tanto interno como externo:

- El cuidado interno refiere a la consciencia de las propias limitaciones y capacidades antes de emprender un acto médico. El mismo deber de cuidado implica a su vez un conocimiento a fondo del paciente, de sus condiciones individuales, de sus circunstancias agravantes y de las mejores opciones terapéuticas a su enfermedad o dolencia.
- El cuidado externo se refiere a evitar acciones peligrosas dentro de la Medicina y a ejercer dentro de los riesgos previstos (Art. 15 y 16 de la Ley 23 de 1981). Aunque la Medicina *no* es una actividad peligrosa, algunos de sus procedimientos pueden constituir un peligro tanto para el médico como para el paciente.

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

- Prever es la capacidad de ver con anticipación, de pronosticar un resultado futuro aproximado cuando se ejecuta una acción.
- Prevenir consiste en tomar todas las medidas necesarias para que un resultado dañoso no se produzca.

Un ejemplo claro de la prevención es el siguiente: Se sabe que las ondas electromagnéticas de una resonancia magnética nuclear pueden inhibir el funcionamiento de un marcapasos cardíaco y el radiólogo toma las precauciones necesarias para que esto no ocurra (colocando otro marcapasos temporal, constatando que existe una frecuencia cardíaca espontánea por debajo de la del marcapasos o, simplemente, contraindicando el examen y prescribiendo el cambio por uno más adecuado).

Puede entonces decirse que el médico, utilizando su razón y sus conocimientos científicos, prevé, discierne y previene el advenimiento de una complicación.

Es importante tener en cuenta que cuando se hable de culpa, al mirarse si la persona fue imprudente, inexperta o negligente, deberá compararse su conducta con la de una persona de iguales características y en igualdad de circunstancias. En el caso médico, diríamos que si se investiga a un especialista en cirugía por negligencia, su conducta deberá juzgarse basados en la conducta de otro cirujano de iguales condiciones.

Cuando por consecuencia de un tratamiento se ocasione un daño en la integridad de la persona, la actuación del médico no será culposa si se encontraba dentro del riesgo previsto.

También es de vital importancia tener en cuenta que en Colombia solamente pueden ejercer la Medicina los profesionales universitarios graduados en facultades reconocidas por la ley colombiana o aquellos graduados en el extranjero y cuyo título sea revalidado ante las autoridades colombianas.

Si el acto médico puede solamente ser ejercido por el profesional universitario legalmente reconocido, cualquiera que practique actividades de diagnóstico, pronóstico, tratamiento, rehabilitación o similares sin cumplir este requisito, está ejerciendo la Medicina en forma ilegal.

A ese respecto, el Artículo 12 de la Ley 23 de 1981 establece: “El médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas”.

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

Imprudencia

Comencemos por definir tal concepto desde el punto de vista lingüístico. El diccionario de la Real Academia de la Lengua lo define en los siguientes términos: “Imprudencia: (Del lat. *imprudentia*) f. Falta de prudencia. 2. Acción o dicho imprudente, temeraria. Der. Punible e inexcusable negligencia con olvido de las precauciones que la prudencia vulgar aconseja, la cual conduce a ejecutar hechos que, a mediar malicia en el actor, serían delitos” (vigésima primera edición 1992, pág. 1149).

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

Cuando un conductor guía su vehículo a una velocidad excesiva por una calle bastante concurrida, diremos que su obrar es imprudente. En materia médica, podemos decir que la imprudencia consiste en una acción temeraria que se realiza a pesar de haberse previsto el resultado adverso que ocasiona el daño en el enfermo. Esto equivale a efectuar un acto médico sin las debidas precauciones o a no implementar las medidas que puedan evitar o atenuar un resultado no deseado y nocivo para el paciente. Es la conducta opuesta a la que aconsejarían la experiencia y el buen sentido de un especialista en determinado aspecto de la Medicina.

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

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

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

Al respecto, la Honorable Corte Suprema ha dicho: “El facultativo está obligado a desplegar en pro del cliente los conocimientos de su ciencia y pericia y los dictados de su prudencia sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de este”.

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

Asimismo, la Corte ha dicho:

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

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

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

Algunos tratadistas afirman que no existe mayor diferencia entre la culpa médica y la culpa común. Aparentemente, la culpa por imprudencia es la menos difícil de evaluar y juzgar, pues en teoría nace de la lógica elemental de los actos humanos. En efecto, existen actos de imprudencia médica que riñen con la prudencia que observaría cualquier miembro de la sociedad, tales como presentarse embriagado a intervenir en una sala de cirugía.

Sin embargo, en determinadas circunstancias, el acto de imprudencia es muy difícil de apreciar al tratar de compararlo con la lente de una persona común y corriente. Tal sucede en casos médicos o clínicos, en los que es indispensable tener un mínimo de conocimientos para evaluar la situación, pues no podría un ciudadano común precisar si es prudente o no exponer a radiación a un paciente de tumor abdominal o qué hacer al evaluar una complicación secundaria a un tratamiento de radioterapia que ocasiona lesión en alguna víscera sana o cómo podría aquel juzgar si un infarto cardíaco posterior a una cirugía de revascularización miocárdica se haya debido a la colocación de uno de los injertos o puentes en una arteria excesivamente pequeña y, por tanto, de pésimo pronóstico en cuanto a permeabilidad temprana.

Es en estos eventos en los que, insistimos, el obrar del médico debe evaluarse comparándolo con lo que otro médico de iguales condiciones hubiera hecho dentro de los términos de la prudencia.

Consideramos, entonces, que cuando deba tratarse el tema de la culpa médica, la valoración de cualquiera de los elementos constitutivos de esta (impericia, imprudencia o negligencia) deber ser realizada por galenos de reconocida probidad, adscritos a facultades de medicina, sociedades o entidades médico-científicas de prestigio, institutos de medicina legal y grupos de peritazgo especializado, entre otros.

A este respecto es importante mencionar que, cuando dicho peritazgo se apoya en el concepto de gremio o grupos mencionados, la calidad del mismo es confiable en un alto porcentaje de los casos. En cambio, el sistema de “adscripción” de peritos a los juzgados ha sido un estruendoso fracaso.

Muchas de las personas que generalmente se encuentran en la “lista oficial” y rinden sus opiniones ante los jueces ni son expertos ni brindan la suficiente confianza respecto de la delicada misión que les es encomendada. Basta recordar un ejemplo de un peritazgo rendido en un caso de cirugía torácica, en donde los peritos fueron una imprudente médica general y una igualmente imprudente especialista en psiquiatría, quienes dieron un concepto de tan flagrante irracionalidad que ni siquiera se tuvo en cuenta como pieza procesal.

Estos dos “imprudentes peritos” cuando evaluaron las dificultades en la disección en que se encontraba el cirujano en la resección de una costilla que ocluía la arteria subclavia a la salida del tórax expresaron: “No nos parece lógica esa aseveración... porque si a través de una incisión de una cesárea cabe la cabeza de un niño, ¿cómo no se va a poder

resecar una costilla por una incisión axilar?”. Este tipo de “conceptos” hace que quienes se conocen como “auxiliares de la justicia” caigan cada vez más en descrédito progresivo.

Los llamados “auxiliares de la justicia especialistas en todo” no generan ninguna garantía procesal y, por el contrario, se convierten en un peligro para la recta administración de la justicia. Si no es posible ser especialista y conocer a fondo una sola rama de la Medicina, ¿cómo se puede ser perito en asuntos tan intrincados como evaluar la conducta de un médico especialista a quien se juzga, cuando quien lo evalúa no conoce la especialidad de aquel?

Dentro de estos criterios de evaluación de imprudencia médica, debemos tener en cuenta el apoyo en la denominada *lex artis ad hoc* o “ley del arte” o regla de la técnica de actuación de la profesión, es decir, de la evaluación sobre si el acto ejecutado se ajusta a las normas de excelencia del momento.

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

Desde el punto de vista de procedimientos médicos, cuando un paciente es tratado en un hospital o clínica puede serlo en varias formas, cada una de las cuales origina un tipo especial de responsabilidad, como en los siguientes casos: bajo la dirección del médico que ordena el tratamiento, en cuyo caso los demás participantes son dependientes, como cuando en una cirugía participan el cirujano, el residente y la instrumentadora. El primero será el director del grupo y los otros sus dependientes. Otro tipo de situación se presenta cuando intervienen simultáneamente diversos miembros con responsabilidades claramente establecidas como, por ejemplo, el cirujano y el anestesiólogo. En cuanto a los actos asociados, pero independientes, el caso podría darse cuando el paciente requiere de varios servicios como por ejemplo del ginecólogo, del laboratorio y de radiología.

Cuando se ocasiona daño debido a una acción imprudente, la responsabilidad puede imputarse a cualquiera de estos niveles. Así, la culpa originada en imprudencia por parte del director del equipo presume una responsabilidad que recae en el actor principal del daño. Aquella que parte de error no excusable de uno de los integrantes del equipo dependientes de su director, implica responsabilidad para ambos.

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

En el caso de los residentes hospitalarios, las causales de culpa generadora de responsabilidad, inconsciente o negligente, son las mismas que para cualquier otro médico, con el agravante de la que se ha llamado en algunas legislaciones “responsabilidad vicariante” del jefe del equipo y del profesor responsable del estudiante en entrenamiento. Cuando se produce un daño y se demuestra culpa por la aparición de alguno de sus elementos generadores (impericia, negligencia o imprudencia), serán llamados a reparar solidariamente tanto el responsable oficial del paciente (especialista) como el médico residente, así se encuentre en proceso de adiestramiento.

La excepción la constituye, claro está, la culpa consciente o actuar temerario del residente, quien en este caso será el único responsable, siempre y cuando su tutor no haya podido impedirlo o preverlo a pesar de haber empleado la vigilancia y la autoridad necesarias, lo cual se desprende de la lectura del Artículo 2347 del C. C., que a la letra dice: “Cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho”.

Si la imprudencia consiste en una acción temeraria que se efectúa a pesar de haberse previsto el resultado adverso que ocasiona el daño al enfermo, es decir, al efectuar un acto médico sin las debidas precauciones, oponiéndose a lo que aconsejarían la experiencia y el buen sentido de un especialista en determinado aspecto de la Medicina, cualquier acción que el médico residente lleve a cabo sin tener en cuenta sus limitaciones, su adiestramiento actual, las reglas de la institución docente, las regulaciones de la universidad que respalda sus estudios y, obviamente, las normas jurídicas elementales y de prudencia de un médico cuidadoso colocado en las mismas circunstancias, será susceptible de responsabilidad civil.

Caso claro de una situación de responsabilidad, como la antes mencionada, de un residente, sería aquel en el que el estudiante decide por su cuenta y riesgo abordar una cirugía para la que aún no está preparado y, como consecuencia de ello, el paciente resulta lesionado.

Ahora bien, en relación con las otras personas que intervienen en el cuidado del paciente, estas eventualmente también podrían llegar a responder cuando su actuar hace posible que el paciente sufra un daño.

En este grupo se encuentran las enfermeras, quienes además de ser empleadas por la institución hospitalaria y de tener labores de tipo administrativo, ejecutan labores de cuidado de los pacientes bajo la dirección del médico tratante y realizando actos de salud a nivel de su competencia.

Existen actos que son patrimonio de la profesión de la enfermería, tales como la administración de los medicamentos ordenados, la toma de algunas mediciones corporales, la vigencia de los signos de los pacientes críticamente enfermos, la observación del estado general de todo paciente a su cargo, etc.

Esta actividad debe ser ejecutada bajo los mismos supuestos de responsabilidad y conocimiento, de manera que la inobservancia por negligencia, impericia o imprudencia puede generar culpa de su parte, cuando era previsible el daño. De acuerdo con lo anterior, estaremos en presencia de un acto culposo cuando la enfermera desatendiendo las órdenes médicas precisas, resuelve actuar en otro sentido, o cuando sabiendo perfectamente el límite de sus capacidades y conocimientos decide tomar medidas que los sobrepase.

• Negligencia médica

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

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

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

La Corte Suprema de Justicia manifiesta a este respecto: “El médico tiene el deber de poner todo su cuidado y diligencia siempre que atienda o beneficie a sus pacientes con el fin de probar su curación o mejoría; lo que por negligencia, descuido u omisión cause perjuicio a la salud de aquellos

incurre en una conducta ilícita que será calificada por el juez según su magnitud”.

Como vemos, se habla de negligencia cuando, a pesar del conocimiento de lo que debe hacerse, se omite la conducta obligada y, por lo tanto, se produce un daño. Equivale a descuido u omisión. Aquí entran gran número de posibilidades, entre las que se incluyen todos los registros defectuosos en las historias clínicas.

El Código Civil en su Artículo 2356 se refiere a la negligencia en los siguientes términos: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por esta”.

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

La negligencia puede ser:

- Consciente
- Inconsciente

Consciente: Se refiere a aquella situación en la que conociendo la posibilidad de un resultado dañoso, es decir, previendo que ese resultado puede darse, no se toman las precauciones necesarias para evitar su realización.

Inconsciente: Cuando no se previó el resultado dañoso que a la luz del conocimiento debió haberse previsto y, en consecuencia, no se tomaron las medidas de precaución para evitar su producción.

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

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

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

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

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

Obligaciones del médico

En términos generales y en opinión de algunos tratadistas, las obligaciones del médico son las siguientes:

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

El profesional de la salud debe entonces tener una habilidad básica basada en la ciencia de su oficio, una disposición de ánimo y conocimientos claros para poder utilizar el cerebro, las manos y los instrumentos en la forma adecuada, con el objeto de modificar o eliminar la enfermedad o la mala función orgánica del paciente, para prolongar la vida y mejorar su calidad y dignidad.

El médico debe ser claro de propósitos, definitivo en el juicio, decisivo en la autoridad y autoritario con su propia vida, lo cual implica poseer los más altos niveles de responsabilidad y compasión humanas.

Para el ejercicio de cada especialidad el médico debe ser experto en el manejo de las herramientas, equipos y máquinas correspondientes.

Si en un momento dado el “estado del arte” de un área médica específica incluye el uso de un equipo que se encuentre al alcance del país y del paciente, el médico deberá remitir el enfermo al especialista o institución que, por poseer tal artefacto, le brinden el mejor beneficio.

En toda la historia de la Medicina se ha insistido en el deber de precaución que deben los médicos desplegar en bien del enfermo. Hipócrates, en su obra *Aforismos*, lo menciona así: “Y si hubieren de emplearse, hágase después de meditarlo bien y de tomar las más diligentes precauciones...” (Aforismo 24). “En el principio de las enfermedades no te detengas en obrar, si te pareciere que el caso lo pide; pero cuando se hallen en todo su vigor, mejor es estarse quieto” (Aforismo 29, sección segunda).

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

En resumen, el acto médico negligente es una transgresión a normas comunes de sensatez a diferentes niveles. Es decir, constituye un descuido u omisión tal, que al comparar la conducta de un médico con la de otro que posea un conocimiento similar y el correspondiente sentido común de responsabilidad que les ha conferido la experiencia y el estudio respectivos, y de quienes se esperaría una conducta lógica, mesurada y acorde con el deber de cuidado y la *lex artis* que rigen el acto determinado que se analiza, se concluye que obró por fuera de los parámetros mínimos de cuidado.

En Medicina, el deber de cuidado es permanente, y si bien es cierto que los médicos no pueden garantizar el éxito de un tratamiento o intervención, deberán responder por los daños si se prueba la presencia de una cualquiera de las causales de culpa.

En ese sentido, el Honorable Consejo de Estado ha dicho:

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

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

Como habíamos dicho, el deber de *cuidado interno* hace referencia a la conciencia de las propias limitaciones y capacidades de un acto médico y el deber de *cuidado externo* hace referencia a los deberes esenciales consistentes en evitar acciones peligrosas y ejercer dentro del riesgo previsto.

Aunque la medicina *no* es actividad peligrosa, algunos de sus procedimientos pueden constituir un peligro para médicos y pacientes. Los primeros, por el riesgo de contaminarse con enfermedades de cualquier tipo y los segundos por las lesiones que pueden sufrir en el curso de un tratamiento.

Como todo médico indica un riesgo, para que este riesgo no sea considerado una agresión, su finalidad debe ser una ayuda al organismo enfermo y debe basarse en ciertas normas:

- Licitud
- Ejecución típica
- Seguimiento de normas científicas universalmente aceptadas
- Profesionalismo

La sociedad, que a través de sus autoridades académicas y gubernamentales otorga un título profesional, supone la competencia de quien lo recibe y lo encuadra dentro de un régimen general de responsabilidad, pero siempre teniendo en cuenta las condiciones propias de su profesión u oficio.

La *lex artis* o “ley del arte” es la regla de la técnica de actuación de la profesión a través de la cual se juzga si el acto ejecutado se ajusta a las normas de excelencia del momento.

Por lo tanto, se observa el tipo de actuación y el resultado obtenido, teniendo en cuenta las características especiales:

- de quien lo ejerce,
- del estado de desarrollo profesional según el caso,
- de la complejidad del acto médico,
- de la disponibilidad de elementos,
- del contexto económico del momento y
- de las circunstancias específicas de cada paciente.

La *lex artis* orienta a través de una serie de normas técnicas y procedimientos que pueden aplicarse en situaciones similares. Debido a la diferencia de criterios entre las personas, se aplica por analogía. Se basa en normas jurídicas, literatura médica, experiencia decantada de la práctica médica por parte de personal debidamente adiestrado y elementos de juicio tomados de las ciencias y de la lógica en general.

En Colombia, las normas que se encargan de regular el ejercicio de la Medicina se encuentran básicamente en la Ley 14 de 1962, la Ley 23 de 1981 y el Decreto de 3380 de 1981. Adicionalmente a las normas establecidas, se encuentra una multitud de sentencias de las máximas autoridades judiciales del país, en las que se ha ido estableciendo el alcance de todas estas normas y de las del ordenamiento jurídico ordinario para establecer la responsabilidad médica en las diversas situaciones que se presentan en el ejercicio de dicha profesión.

La literatura médica representa los informes de la experiencia de centros hospitalarios, instituciones investigativas y grupos de práctica que, utilizando el método científico, reportan informaciones, avances técnicos, conceptos renovados y métodos terapéuticos adecuados para los diferentes tipos de patología que sufrimos los seres humanos.

La experiencia decantada de la vida se basa en:

- la práctica de personas de alto nivel científico,
- la prestancia intelectual,
- la rectitud probada en su ejercicio y
- los resultados demostrables de excelente calidad.

De todo lo anterior podemos concluir entonces que la consideración de un acto negligente se basa en varios aspectos. Uno de ellos es el estándar de tratamiento en el momento en que se juzgue el acto médico (*lex artis*), lo cual significa que no es suficiente un acto médico efectuado de buena fe, sino que aquel debe ser ejecutado dentro de los parámetros de la diligencia y cuidado requeridos, tal como lo hubiera hecho un médico razonable en similares circunstancias.

El hecho de que existan otros médicos o grupos de práctica profesional con la misma concurrencia de errores no puede ser ni excusa ni atenuante de un acto negligente.

• ¿Qué es la impericia?

La impericia es la falta de conocimiento técnico y científico en un área profesional. Es sinónimo de ignorancia, ineptitud, inexperiencia, ineficiencia y torpeza.

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

Se considera que hay impericia cuando falta la capacidad, falta la habilidad, falta la experiencia, falta el conocimiento de quien emprende un tratamiento, particularmente cuando quien lo efectúa no ha sido certificado por alguna institución reconocida legalmente.

Ejemplo: El residente de obstetricia que no tiene la habilidad para practicar un raspado uterino diagnóstico y, sin la supervisión del especialista, perfora el útero ocasionando una peritonitis generalizada y la muerte de la paciente.

Debe diferenciarse a nivel semántico de:

- *Ignorante*: El que no conoce lo que debería conocer en el campo en el cual se desempeña.
- *Nesciente*: Aquel que no conoce los conceptos sobre un campo que no tiene por qué conocer.

Tipos de impericia

Por falta de competencia en un campo específico de la profesión. Existe un socorrido argumento jurídico que utilizan aquellos médicos que deciden no profundizar en estudios de especialización y se dedican a una rama de la medicina especializada por su cuenta y riesgo. Ese argumento es: “En este país el título de médico me autoriza a ejercer cualquier acto médico”. Aunque en realidad hasta el momento no se hallen normalizadas sino algunas especialidades por la ley, es obvio que no es lo mismo un procedimiento efectuado por quien se ha sometido a los filtros de la especialización o residencia, que el mismo acto practicado por quien piensa que con su diploma de médico general es perito en todos los campos de la Medicina y la Cirugía.

Y cuando los jueces juzgan los resultados de esta conducta francamente irresponsable, analizan a fondo los estudios de quien es responsable de esos actos médicos, para ver si en realidad se encuentra capacitado para llevarlos a cabo.

Por falta de experiencia. Aun en el mismo campo de las especialidades, existen áreas que son cada vez más complejas. Por ejemplo, un médico graduado que posteriormente completa estudios de especialización en Cirugía General, muy seguramente no se encuentra capacitado para ser un cirujano cardiovascular, por obvias razones. Este campo, que cae dentro de la Cirugía General, requiere estudios aún más

sofisticados y más prolongados por su misma complejidad y efectos derivados.

Por falta de habilidad técnica. Algunos logran completar su residencia o especialización, pero existen determinadas áreas que requieren una especial habilidad quirúrgica que no todos poseen. Afortunadamente, la mayor parte de especialistas es consciente de sus limitaciones y no incursionan en campos que no conocen muy bien y que acarrearán problemas para el paciente y para su propia práctica profesional.

Por falta de experiencia permanente. Es lógico pensar que un cirujano general que se dedica a intervenir la región del cuello por espacio de varios años no debería ocuparse de una resección de colon, porque existen personas que se han dedicado a este último campo exclusivamente y lo hacen mejor que cualquiera de su misma altura científica.

Por malos resultados en el ejercicio de la especialidad. Con todo y los títulos hay médicos que tienen pésimos resultados en su práctica diaria, motivo por el cual deberían revisar sus propias aptitudes para escoger caminos dentro de la profesión que les permitan tener éxito y así brindar un mejor servicio a sus enfermos.

Formas de acto médico imperito

Diagnóstica. Este, como hipótesis de trabajo, no es suficiente para condenar a un médico, excepto cuando ese diagnóstico dependa de especiales capacidades técnicas y científicas que sean patrimonio de personas con estudios avanzados.

Tratamiento orientado al diagnóstico de presunción. En estos casos se trata de pacientes muy enfermos a quienes debe iniciarse un tratamiento de inmediato, basados en los elementos diagnósticos de los cuales se disponga en el momento.

Tratamiento invasivo. En este caso sí debería exigirse de rutina la certificación del especialista en las respectivas áreas. Sucede que, por razones económicas, sociales y personales, algunos médicos generales vislumbran un mejor ingreso a través de procedimientos estéticos y piensan que con una formación parcial por medio de cursos, seminarios, diplomados, etc. pueden reemplazar un verdadero posgrado.

Ahorrándose así tiempo y dinero, proceden entonces a ejercer en el campo determinado que escogen, amparados de nuevo en la falta de normatización. Aunque las facultades de medicina otorguen el título de médico y cirujano, el recién egresado de todo tiene menos de cirujano. Y siendo la medicina general una muy digna vía de ejercer la profesión, los conocimientos quirúrgicos se adquieren después de

gran dedicación y sacrificio, en programas diseñados para tal efecto. Por lo tanto, desde el punto de vista científico (aún no normalizado y reglamentado en muchos aspectos), los procedimientos invasivos deberían efectuarlos quienes tengan la formación, experiencia y títulos que lo acrediten para hacerlo.

Impericia médica y error

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

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

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

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

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

El otro aspecto es la ignorancia atrevida, como acontece en el caso de otro médico general no calificado para intervenir una 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.

El concepto del conocimiento especializado

Aprender es, en esencia, establecer nuevas conexiones interneuronales para elaborar y almacenar porciones de conocimiento que, una vez asimiladas, entran a formar parte de la estructura individual en la respuesta a interrogantes, problemas y análisis de conductas.

El periodo de entrenamiento es duro en procedimientos invasivos como la cirugía. En él se intenta acumular el máximo de experiencia y aprendizaje posible para poder dar al cirujano un criterio básico de manejo de los problemas en el menor tiempo posible. En este periodo no se aprende mediante actitudes pasivas o teóricas basadas en dogmas o preceptos arbitrarios, sino a través del ejercicio de una mente creativa en las salas de cirugía, en los laboratorios de investigación, en los pabellones hospitalarios y en la misma casa. Por lo tanto, la residencia es apenas el comienzo de toda una vida de estudio.

Aparte del bagaje científico, teórico y práctico, deben aprenderse los pasos básicos del arte de utilizar las manos y otros instrumentos sofisticados para el acto mismo de operar. Probablemente algunos de los intangibles que se aprenden en esas largas horas de entrenamiento incluyen la identificación de la consistencia de los tejidos, sus cambios con la enfermedad y el tipo de manipulación que debe dárseles para lograr adquirir lo que los británicos han bautizado como ‘el toque de las manos’. Aquello que confiere al simple movimiento su toque de arte.

A todo lo anterior se suma la aparición y el dominio obligatorio de la nueva tecnología, cuyo conocimiento debe estar a la orden del día, con el objetivo esencial de no dejarse arrastrar innecesariamente en uso, sea porque es:

- Innecesaria (métodos más simples son suficientes)
- No exitosa (la condición de base del enfermo no se altera con ella)
- Insegura (las complicaciones pesan más que los beneficios)
- Inhumana (la calidad de vida lograda no es aceptable)
- Inoportuna (desvía enormes cantidades de dinero de objetivos más importantes y prioritarios)

Paralelamente, la estructura teórica del cirujano debe ser similar a la del mejor clínico, su conocimiento anatómico debe ser impecable y su experiencia táctil debe ser exquisita. En resumen: debe saber cómo utilizar su arte, cuándo aplicarlo, por qué utilizarlo y en quién hacerlo.

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

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

Los residentes hospitalarios

Los médicos residentes son profesionales graduados, luego de por lo menos siete años de estudios universitarios, que han escogido sacrificar otros cuatro a seis años adicionales para trabajar en hospitales desempeñando labores asistenciales supervisadas para adquirir experiencia en un área determinada de la profesión médica. Así, quien desee completar estudios en cardiología deberá invertir otros cinco años; el cirujano cardiovascular, siete años; el neurocirujano, cuatro, etc.

Los criterios de selección para ingresar a la residencia son muy exigentes. Se tiene en cuenta el desempeño de pregrado, las calificaciones obtenidas, el estudio de personalidad, la entrevista y la experiencia adquirida luego de la graduación. Hoy en día, por ejemplo, para cada cupo para estudios de posgrado se presenta un promedio de 50 médicos.

En nuestro país se ha declarado a estas personas ‘estudiantes de posgrado’ y, no solamente ya no se les paga por su trabajo, sino que en varios sitios se les cobra por “el derecho” a trabajar en los hospitales.

De esta forma, el residente cumple su horario entre las 7 a. m. y las 7 p. m. todos los días, además de los respectivos turnos de 24 horas, luego de los cuales debe continuar trabajando al día siguiente hasta el término de la jornada, para entonces dirigirse al trabajo que garantiza sus ingresos, comúnmente en servicios de urgencias nocturnas, para continuar al día siguiente con la jornada normal de trabajo.

Hay que mencionar que el periodo de entrenamiento especializado es duro. En él se intenta acumular el máximo de experiencia y aprendizaje posible, para poder dar al médico

en formación un criterio básico de manejo de los problemas en el menor tiempo posible.

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

El problema grave es, como dice un documento internacional reciente que resume el caso colombiano:

Una vez que el médico ha terminado el servicio social obligatorio recibe del Ministerio de Salud la tarjeta profesional, la cual le permite el libre ejercicio. La práctica profesional se realiza en la medicina general y especializada en las instituciones oficiales del Sistema Nacional de Seguridad Social y de Salud, en la práctica privada y en la docencia. Frecuentemente se presentan desempeños mixtos. La certificación de especialistas es de carácter privado y voluntario, y la realiza ASCOFAME. Esta certifica títulos obtenidos en programas que han sido aprobados por los comités de especialidades, los cuales tienen entre sus funciones establecer requisitos mínimos para cada especialidad.

En el caso de las especialidades cuyo título ha sido obtenido en el exterior, el Instituto Colombiano de Educación Superior (ICFES) realiza la convalidación del título. El ICFES evalúa la documentación pertinente y reconoce

el título si corresponde a alguna de las especialidades reconocidas por la ley. En caso de existir convenios internacionales y educativos el reconocimiento es directo. En caso contrario se asigna el estudio de la documentación a un comité de especialidad o a una facultad de medicina, los cuales emiten el concepto correspondiente y lo remiten al ICFES.

• Conclusiones

Por todo lo anterior, debe revisarse muy cuidadosamente la forma de práctica de los médicos que practican procedimientos que son patrimonio de áreas especializadas de la Medicina.

Y mientras llegan regulaciones normativas, los jueces deben investigar la idoneidad de tales personas, su adiestramiento real, la forma de ejercicio, sus resultados y, en particular, los títulos que los acrediten como expertos en el área de su práctica.

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