

El ejercicio de la cirugía se encuentra en peligro, a propósito de la sentencia N° 33.920 de la Honorable Corte Suprema de Justicia sobre la condena a cirujano plástico de Cali

FERNANDO GUZMÁN¹, CARLOS ALBERTO ARIAS², SARA EDITH MORENO³

Palabras clave: cirugía general; ética médica; legislación médica.

Introducción

Mediante la Sentencia de Casación Penal N° 33.920 de la Honorable Corte Suprema de Justicia, con ponencia del magistrado Augusto Ibáñez Guzmán, fue condenado el cirujano plástico Manuel de Jesús Caicedo, a la pena de cuatro meses de prisión, la suspensión en el ejercicio de la medicina por espacio de un año y el pago de una indemnización de Col\$ 150 millones, por el delito de lesiones personales culposas en la humanidad de la paciente Dolly Maricel Bastidas Lenis.

El cuerpo médico nacional quedó atónito ante la severidad de las sanciones proferidas en contra del cirujano plástico, y el nefasto precedente que esta decisión jurídica va a causar en el ejercicio médico colombiano.

¹ Médico, cirujano cardiovascular, Hospital Militar Central, Bogotá, D.C., Colombia; magistrado, Tribunal Nacional de Ética Médica, Bogotá, D.C., Colombia

² Médico cirujano; jefe, Servicios de Cirugía Vascular y Cardiovascular, Hospital Militar Central, Bogotá, D.C., Colombia

³ Médica oftalmóloga, glaucomatóloga, Hospital Militar Central; maestría en Bioética, Universidad El Bosque, Bogotá, D.C., Colombia

Fecha de recibido: 8 de mayo de 2012

Fecha de aprobación: 25 de junio de 2012

Resumen de los hechos

El cirujano plástico Manuel de Jesús Caicedo intervino quirúrgicamente a una paciente para liposucción. En el posoperatorio la enferma presentó signos de sufrimiento cutáneo, el cual fue apreciado por el especialista, quien ordenó sesiones de terapia hiperbárica, la cual no solucionó el problema.

Las lesiones continuaron avanzando hasta llegar a un cuadro de posible fasciítis necrosante, que requirió hospitalización y altas dosis de antibióticos hasta su recuperación, quedando secuelas físicas de la infección.

Fue demandado por negligencia médica, con fallos de primera y segunda instancia, hasta llegar en casación a la Corte Suprema de Justicia, en donde fue condenado por una de las causales de culpa médica, con pena de prisión inferior a un año, suspensión en el ejercicio de la medicina por un año y pago de indemnización al paciente por más de Col\$ 150 millones.

En el fallo de la Corte, con ponencia del magistrado Augusto Ibáñez, se efectúa una serie de consideraciones jurídico-médicas que revisten especial gravedad, pues colocan a la medicina como una actividad peligrosa y determinan que la obligación en el posoperatorio no es de medios sino de resultados.

Además, aplican el concepto de imputación objetiva al acto médico evaluado, concluyendo que se aumentó

innecesariamente el riesgo por parte del cirujano, con lo cual confirmaron en las consideraciones la supuesta negligencia médica.

Análisis y comentarios

Es de capital importancia que los médicos y, en particular, los dedicados a las disciplinas quirúrgicas, entiendan algunos hechos que son inherentes al ejercicio médico y algunos aspectos del análisis del sentenciador, con los cuales no estamos de acuerdo y que tendrán repercusiones muy serias en el manejo y tratamiento de centenares de enfermos a lo largo de todo el país.

I - El acto médico y su relación con la ley

El acto médico tiene implicaciones jurídicas porque actúa sobre bienes protegidos por la ley.

El acto médico, en el cual se concreta la relación médico-paciente, es una forma especial de relación entre personas; por lo general, una de ellas, el enfermo, acude motivada por una alteración en su salud a otra, el médico, quien está en capacidad de orientar y sanar, de acuerdo con sus capacidades y el tipo de enfermedad que el primero presente.

Mediante el acto médico se intenta promover la salud, curar y prevenir la enfermedad, y rehabilitar al paciente.

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

Cuando el médico actúa como tal, manipula técnicas y conocimientos con miras a un resultado concreto. Este fin buscado por el ejercicio de la medicina tiene implicaciones ante la ley.

Es, pues, el acto médico (cualquiera que él sea) una fuente de la que emanan consecuencias jurídicas para el profesional que lo realiza y para el paciente que ha sido objeto de esta actividad. Aunque no la única fuente, como se verá.

Desde la óptica que nos interesa en este escrito, los actos médicos se efectúan sobre una persona llamada paciente (sujeto pasivo) que como ser humano tiene derechos; el médico tendrá que preservar estos derechos y se comprometerá a defenderlos y a tratar de recuperarlos. Los principales son la vida, la salud, las buenas condiciones físicas o mentales y la integridad corporal.

Esos derechos han sido reconocidos previamente por la ley como derechos subjetivos (es obvio que las personas solamente podemos alegar en nuestro favor aquellos derechos que el ordenamiento legal previamente nos haya concedido). Jurídicamente deben considerarse por separado dos momentos cuando se habla de alegar o invocar un derecho subjetivo: el primero, de consagración abstracta e impersonal; el segundo, de aplicación de esa norma abstracta al caso concreto. Por ejemplo, del consagrado constitucionalmente “toda persona tiene derecho a la vida” puede pasarse, en un evento determinado, al reclamo judicial por parte del médico que ha ganado sus honorarios, o contra el médico por cuya culpa alguien falleció.

El primer momento se denomina derecho objetivo, mientras que el segundo se llama derecho subjetivo (prerrogativa consolidada en una persona determinada, en una circunstancia dada).

Como lo dicen Marty y Raynaud, el problema de las fuentes de las obligaciones no es sino un aspecto del problema de los derechos subjetivos. Y como el derecho subjetivo encuentra su fuerza en la norma de derecho objetivo, hay que concluir que el derecho subjetivo tiene su fuente en la ley. Solo que el nacimiento de ese derecho subjetivo supone un elemento concreto que en determinado momento desencadene la aplicación de la norma objetiva. En consecuencia y a pesar de su infinita variedad, esas circunstancias generadoras de derechos pueden ser reducidas a dos categorías: el acto jurídico y el hecho jurídico.

Todo acto médico, desde esta perspectiva, es un acto jurídico o un hecho jurídico; lo que equivale a decir que de todo acto médico se derivan consecuencias en el ámbito del Derecho.

Los actos jurídicos, por otra parte, se distinguen de los hechos jurídicos: mientras aquellos buscan un resultado concreto en el derecho (por ejemplo, un contrato de

prestación de servicios profesionales busca la recuperación de la salud del paciente a cambio de los honorarios médicos), éstos no encuentran sus implicaciones jurídicas en la voluntad o intención con que se realizan (por ejemplo, en un accidente de tránsito, la lesión –hecho producido por el hombre– no ha sido querida sino, antes por el contrario, ha procurado ser evitada).

La responsabilidad jurídica se desprende acá del incumplimiento o violación de una norma, porque así lo ha querido la ley, sin importar lo que se haya propuesto el autor. Con mayor razón, si lo que se desea y obtiene con el hecho es esta violación del derecho; la consecuencia de este hecho antijurídico (querido o no) la define el código penal bajo la denominación de “pena”.

Del acto médico, por lo que se ha visto hasta ahora, pueden desprenderse dos tipos de consecuencias en Derecho: las que resultan del acto jurídico (“responsabilidad” por el acto) y las que resultan del hecho jurídico (“perjuicios” indemnizables por el hecho antijurídico capaz de generar implicaciones en el Derecho –el delito, por ejemplo–). Ambos tipos de consecuencias están contemplados en la ley (en los códigos civil o penal) y tienen que ver con los derechos subjetivos de las partes que intervienen en el acto médico: profesional de la medicina y paciente (por sí o por sus allegados).

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

II - El principio de confianza social al médico

El principio de confianza es conferirle al médico un voto de apoyo a su acción profesional, siempre y cuando obre dentro de los límites de prudencia, diligencia, pericia y la no creación de riesgos no permitidos (imputación objetiva).

Una profesión consiste en la práctica de una determinada actividad que sirve a los demás y que se escoge por voluntad propia siguiendo una vocación, con el objeto

de realizarse como persona a través de un trabajo. La profesión médica puede definirse como el arte de conservar y restaurar la salud para hacer la vida más fácil y segura a la comunidad. Sus pilares son dos: oficio-arte y tecnología-ciencia. La medicina es el brazo de la civilización en su lucha contra la enfermedad.

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

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

“[...] La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distinción de nacionalidad, ni de orden económico, social, racial, político o religioso. El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes [...]”.

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

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

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

personas o que se relacionen con su desarrollo y bienestar. [...]”.

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

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

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

III - El deber de cuidado en medicina

El deber de cuidado interno hace referencia a la conciencia de las propias limitaciones y capacidades antes de emprender un acto médico. Y si el avance de la medicina en los últimos años no ha tenido parangón

en la historia universal, debemos ser conscientes de la imposibilidad de cubrir todos sus campos especializados por quien simplemente posea un título de médico general. Este punto es de suma importancia en nuestro país. De acuerdo con la ley, el solo hecho de poseer la licencia para ejercer medicina acredita, en teoría, para efectuar actos médicos de cualquier tipo en cualquier paciente, lo que, dadas las circunstancias actuales del conocimiento, es absurdo. Esto ha constituido una especie de coraza para que médicos sin experiencia aceptable y sin escuela de ninguna clase, se aventuren en procedimientos que deben ser parte de un entrenamiento formal en hospitales autorizados y con profesores calificados.

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

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

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

El tercer principio de la ética médica reza:

“[...] Tanto en la sencilla investigación científica [...], como en la que se lleve a cabo con fines específicos y propósitos deliberados, por más compleja que ella sea, el médico se ajustará a los principios metodológicos

y éticos que salvaguardan los intereses de la ciencia y los derechos de la persona, protegiéndola del sufrimiento y manteniendo incólume su integridad [...]”.

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

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

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

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

Por lo tanto, el primer paso en la aceptación de las limitaciones es no irrumpir en campos en los cuales la

experiencia no se posee o se ha adquirido sin la norma universitaria de la denominada ‘escuela’.

IV - El consentimiento para el riesgo

El consentimiento debe tratar de incluir todas las posibles complicaciones graves de cada procedimiento y la explicación, especialmente a la familia, debe ser absolutamente clara.

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

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

Si no es libre y exenta de vicios, la autorización o aceptación del paciente no existirá o será invalidada en el terreno legal, con graves consecuencias para el médico: consecuencias civiles y penales que se convertirán en perjuicios. Y los perjuicios causados a otro se pagan con dinero o con cárcel.

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

Nuestra medicina occidental, la más compleja, tecnificada y sofisticada de cuantas han existido jamás en la tierra, enfrenta un problema adicional de vieja data y tradición histórica: las demandas y quejas de los particulares. T. Ferguson dice con sobrada razón en su excelente artículo:

“[...] Nunca como ahora había tenido la medicina tanta tecnología y tan excelentes resultados. Pero

nunca como ahora se habían visto tantas acciones legales en contra de los médicos [...]”.

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

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

Este consentimiento, en el campo médico, puede ser otorgado con fines específicos, entre otros:

- para tratamiento farmacológico,
- para procedimientos diagnósticos no invasivos,
- para procedimientos invasivos diagnósticos,
- para procedimientos terapéuticos no quirúrgicos,
- para procedimientos quirúrgicos,
- para cirugía estética,
- para tratamiento no convencional “heroico”,
- como sujeto de experimentación y
- como donante de órganos.

No se hablará en este punto del consentimiento del médico, a pesar de ser indispensable la existencia de un contrato de prestación de servicios. Y no se hablará de ello 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 hablará esencialmente del consentimiento del paciente.

Los actos humanos, en nuestro sistema jurídico, para que produzcan efectos plenos, deben ser realizados con consentimiento. Ese consentimiento debe ser exento de vicio: error, fuerza o dolo (Artículo 1508 del Código Civil). En caso contrario, el acto estará viciado de nulidad y no producirá ningún efecto o producirá otro distinto al que normalmente se persigue con este obrar.

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

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

V - El riesgo previsto

El riesgo previsto siempre debe ser advertido, pues el organismo obedece en sus respuestas al azar y muchas veces no se puede prever ni prevenir una complicación. La impredecibilidad del comportamiento orgánico hace que deban considerarse todos los posibles riesgos y complicaciones de los actos médicos.

Es bien sabido que el ejercicio de la medicina entraña riesgo; y es un hecho que la práctica médica puede provocar lesión a bienes jurídicos protegidos por la ley. Debido a esta circunstancia, algunos abogados han inferido, con poca profundidad en el análisis, que la medicina es una actividad peligrosa. En este escrito se pretende demostrar por qué no es válida esa afirmación.

A lo largo de la historia, la sociedad ha aceptado la existencia del médico y el ejercicio de su actividad como un beneficio. Los seres humanos no sabrían qué hacer si en la comunidad no contarán con el precioso recurso de la medicina. Las personas dedicadas a la profesión médica han sido siempre tratadas con especial consideración y aprecio, porque se reconoce en ellas su dedicación, su voluntad de servicio, su idoneidad y eficiencia. Y es esa aceptación social, debida en buena parte al altruismo y la responsabilidad inherentes a la práctica médica, la que la distingue de lo que, incluso para la sociedad, se denominan actividades peligrosas.

Efectivamente, mientras en la medicina el riesgo calculado es una forma normal y necesaria de desarrollar los principios más caros de solidaridad, bien común y ayuda al prójimo, en las actividades peligrosas el ejecutor

mira generalmente sólo su propio beneficio: conducir un automóvil o portar un arma son ejemplos de actividades peligrosas. Se conduce un vehículo automotor por propia comodidad o como medio para adquirir lo económicamente necesario para sí mismo y su familia. Se porta o se utiliza un arma de fuego para la defensa personal y para defenderse de otro ser humano por medio de la agresión mortal.

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

Claro está que el médico puede obrar culposamente y, en ese caso, debe responder por el daño causado. Pero éste es otro asunto. Por culpa se entiende una forma de conducta irregular en la cual no media una intención de dañar, pero que viola preceptos de prudencia, conocimiento, pericia y diligencia al efectuar la acción. A esto se puede sumar la falta de seguimiento de reglas aceptadas de la acción en el momento en que ésta se efectúa.

En el delito culposo se habla de una ilicitud, generalmente inconsciente. 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.

Cualquier tratamiento médico y quirúrgico es potencial causa de daño a la integridad del paciente. Ni la efectiva y humilde aspirina escapa a esta afirmación, pues ella puede producir la activación de una úlcera gástrica que lleve a hemorragia masiva, o puede ocasionar una reacción orgánica letal en algunos niños, que se conoce como el síndrome de Reyé. Su ingestión excesiva es la principal causa de intoxicación en niños, en quienes produce una grave acidosis metabólica.

Las vitaminas, tan populares y apreciadas hasta por el farmacéuta que ilegalmente las fórmula, pueden también ser causa de alteraciones inmanejables: la vitamina A, al acumularse, puede llevar a síndromes de hipertensión endocraneana y a daño hepático; la vitamina K,

en sobredosis, puede ocasionar serias alteraciones de la coagulación.

Ni qué decir de los actos intervencionistas sobre el enfermo. La radioterapia para el cáncer ocasiona con frecuencia lesiones en órganos vecinos al comprometido por el tumor. Los métodos diagnósticos radiológicos que utilizan medios de contraste, pueden ocasionar la muerte en un paciente por reacción alérgica aguda debido a idiosincrasia de la persona. La cirugía, al ser el método terapéutico agresivo por excelencia, puede ocasionar complicaciones que le son propias y que pueden ser causa de muerte de quien ha sido sometido incluso a intervenciones menores.

Todo acto médico tiene un fundamento humano y científico. La medicina, como parte de las ciencias de la naturaleza y la sociedad se caracteriza por su racionalidad y su objetividad. Esta racionalidad está constituida por conceptos, juicios y raciocinios, y no solamente por sensaciones, imágenes o pautas estereotipadas de conducta; sus ideas son capaces de combinarse de acuerdo con algún conjunto de reglas lógicas, con el fin de producir nuevas ideas. Éstas, a su vez, no se amontonan caótica o cronológicamente, sino que se organizan en sistemas de ideas, esto es, en conjuntos ordenados de proposiciones (teorías).

En toda consulta, análisis, diagnóstico, opinión, interconsulta, junta médica, investigación, publicación o procedimiento especial, el médico aplica el método científico. Es decir, aquel procedimiento para descubrir las condiciones en que se presentan sucesos específicos, aplicando la lógica a los hechos observados. Mediante este mecanismo se plantean problemas, se prueban hipótesis e instrumentos de trabajo investigativo. Aunque no lo haga de manera consciente, el médico aplica en forma permanente sus conocimientos de estadística. Juega con leyes de probabilidades, estudia variables, analiza su interdependencia y relación, en fin, convierte el oficio en profesión y el arte en ciencia. Esta es la diferencia con los empíricos.

Cualquier miembro de la sociedad que acuda a otro en búsqueda de diagnóstico, tratamiento, pronóstico y recomendaciones que vayan a incidir sobre su cuerpo y su salud, se está convirtiendo en un paciente. Y quien ejerza su conocimiento buscando satisfacer esta petición, está ejerciendo como médico. Si partimos de las definiciones

previas, cuando quien actúa como médico es una persona calificada por la sociedad como idónea para ejercer la profesión, se cumplen los requisitos legales que hacen del acto un contrato legal y una relación profesional y ética, con todas sus consecuencias sociales. Si el acto médico puede solamente ser ejercido por el profesional universitario legalmente reconocido, cualquier otro sin dicha condición que practique actividades de diagnóstico, pronóstico, tratamiento, rehabilitación o similares, está ejerciendo la medicina en forma ilegal.

Esto quiere decir que la práctica de un acto médico debe estar respaldada por el ejercicio legítimo de un derecho y el cumplimiento de un deber por parte del profesional médico debidamente graduado y habilitado por la legislación nacional, en beneficio del paciente. Como todo acto médico implica un riesgo, para que este riesgo no sea considerado una agresión, su finalidad debe ser de ayuda al organismo enfermo y debe basarse en ciertas normas: licitud, ejecución típica, seguimiento de normas científicas universalmente aceptadas y profesionalismo.

Actualmente, el derecho penal viene haciendo unos aportes importantes al esclarecimiento del asunto, contextualizando el comportamiento dentro de la categoría de ‘rol social’. Desde esta perspectiva, ha de tenerse al ejercicio médico como un papel determinado, que la comunidad en el plano social y el Estado en el plano institucional, han acordado como permitido y necesario, así deba reconocerse y aceptarse la inclusión del riesgo dentro de su práctica.

Esa valoración es la que permite diferenciar, en el derecho penal, cuándo el comportamiento objetivamente visto encuadra en el tipo o descripción legal del delito; por tal razón, la incisión que con el bisturí realiza el cirujano, mal puede considerarse como una ‘lesión’ en el sentido médico legal (daño físico en el cuerpo o a la salud).

Como lo aclara Jackobs:

“[...] el mundo social no está ordenado de manera cognoscitiva, con base en relaciones de causalidad, sino de manera normativa, con base en competencias, y el significado de cada comportamiento se rige por su contexto. Por tanto, el hecho de que un comportamiento cause de modo cognoscible un resultado pernicioso, *per se* no quiere decir nada [...]”.

Es, ni más ni menos, eso lo que ocurre en la profesión médica. Aparentemente (cognoscitivamente), una herida en el abdomen es una ‘lesión’, pero normativamente esa herida es quirúrgica y, por lo tanto, no daña o dañosa, sino todo lo contrario: herida benéfica gracias a la cual se pretende salvar la vida del paciente. No es, pues, una conducta que se ‘justifique’ (nada debe justificar el cirujano ante la ley penal o la sociedad), sino una conducta que no es ‘típica’ (considerada por la ley penal como delito).

Según Jackobs:

“[...] un comportamiento que genera un riesgo permitido se considera socialmente normal; por lo tanto, los comportamientos que crean un riesgo permitido no son comportamientos que hayan de ser justificados [...]”

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

Por ser sumamente ilustrativo, se puede citar de nuevo al profesor alemán:

“[...] desde luego hay ámbitos jurídicos - algunos de ellos con potencial de peligro - en los que no es necesaria una regulación jurídica, porque puede obtenerse un alto estándar de seguridad de otra forma, por ejemplo, planteando exigencias especiales respecto de la formación de quienes actúan en ellos, como sucede en el ámbito médico.

En la mayoría de los casos, probablemente concurren además otras razones a la hora de renunciar a una regulación: tomando de nuevo como ejemplo el ámbito médico, la necesidad de un alto grado de individualización sólo permitiría establecer regulaciones a tal nivel de abstracción que acabarían siendo carentes de contenido. Además, tampoco es conveniente fijar legalmente un estándar en aquellos casos, como - de nuevo - en el campo de la medicina, en los que se produce una evolución permanente. Por ello, la regla profesional reconocida, *lex artis*, sustituye en estos ámbitos al precepto jurídico [...]”.

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

VI - La medicina como obligación de medios

La medicina es una actividad que entraña la mayor parte de las veces obligaciones de medio y no de resultado. No se puede garantizar un resultado específico. Y aunque en medicina sí existen obligaciones de resultado (radiología, medicina nuclear, patología, laboratorio clínico), todas las demás, incluida la cirugía plástica, son de medio.

Respecto de las obligaciones de medio y de resultados, 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*, 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, ¿qué ocurre si, como en el caso de la medicina, el elemento material es un organismo vivo que reacciona de manera autónoma?

Ocurre que este organismo tiene su propia dinámica, de modo que el médico, aunque puede aproximarse mediante los exámenes que previamente practique en la etapa diagnóstica, nunca sabrá en forma rotunda el comportamiento final, sino cuando éste 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.

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

Esta manera distinta de ver el asunto, fue introducida en el derecho alemán por Schlossmann, para quien en toda obligación debe distinguirse la conducta del deudor del resultado obtenido con esa conducta.

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

Demogue revisó tal teoría diciendo que existen obligaciones que persiguen no 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 ex presidente de la Corte Suprema de Justicia, Guillermo Ospina Fernández:

“[...] Las obligaciones son de medios cuando el resultado a que éstas apuntan sobrepasa lo que el acreedor

justamente puede exigir al deudor [...] Esta clasificación coadyuva en la ardua labor que corresponde a los jueces de determinar, en cada caso concreto y según las circunstancias, si la obligación ha sido cumplida o no, o, mejor aún, si la prestación o prestaciones que ella impone han sido o no ejecutadas [...].”

En Argentina, 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 [...] (26 de noviembre de 1986. Magistrado ponente: 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 Julio César Uribe Acosta), es la siguiente:

“[...] el *ad quem* desea dejar en claro que la responsabilidad médica sigue siendo tratada en la Jurispru-

dencia 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 doctor Daniel Suárez Hernández, cuyo universo conceptual no compromete, en el caso en comento, el centro de imputación jurídica demandado, que como antes se dijo anteriormente, 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 probationes*) que el accionante, a su vez, para probar la culpa del demandado. Esta aplicación del concepto de carga probatoria dinámica es de excepción, pero sin duda se compadece con el criterio de equidad en la relación procesal entre las partes [...]” (Teoría General de la

Responsabilidad Civil. Octava edición, Abelardo Perrot, p. 497)

¿Qué criterios existen, desde el punto de vista legal, para reconocer cuándo una obligación es de medio o de resultado? El primero lo presenta el profesor Tamayo Jaramillo:

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

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

1. Por decisión expresa del legislador, al establecer que el deudor sea condenado solamente cuando se demuestre culpa, y determine un régimen probatorio de dicha culpa, bien sea porque la carga de la prueba recaiga en el demandante (quien tendrá que probar que el médico actuó incorrectamente) o en el demandado (quien tendrá que probar que actuó en forma adecuada) (Artículos 1730 y 2005 del Código Civil).
2. Por acuerdo de las partes, quienes libremente pueden convenir en que la obligación sea de medio o de resultado, al amparo del artículo 1604 del Código Civil.
3. Cuando ni el legislador ni las partes han determinado si la obligación es de medio o de resultado, se debe tener en cuenta el número de probabilidades de alcanzar el objetivo pactado entre las partes. En el caso de la medicina, debido al gran número de circunstancias y variables no controlables (anatomía humana, reacciones fisiológicas, enfermedades y lesiones no detectadas a pesar de un buen estudio previo) y de una serie de innumerables sucesos impredecibles, todo acto médico, incluyendo la cirugía estética, debería considerarse como una obligación de medio y no de resultado.

“[...] 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 [...]”.

VII - La cirugía plástica no es obligación de resultado

La actitud hacia los cirujanos plásticos no es diferente, excepto porque muchos de los procedimientos de esta especialidad no están cubiertos por las nuevas empresas de salud estatales y privadas (llámense ‘empresas de medicina prepagada’ o ‘promotoras de salud’). Dado nuestro perfil epidemiológico y las tendencias mundiales, es posible prever que las demandas a los cirujanos plásticos aumentarán en forma desproporcionada en los próximos años.

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

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

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

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

verdaderamente deformes. Todos ellos constituyen una potencial fuente de demandas legales.

Siempre se menciona a la cirugía plástica como una de las excepciones del ejercicio médico, en cuanto tiende a considerarse una obligación de resultado. La presunción de que el paciente que acude al cirujano plástico es un paciente ‘sano’ o ‘normal’ también es inaceptable. Si por salud se entiende el estado de bienestar físico y emocional y no únicamente la ausencia de enfermedad, quien va al cirujano plástico lo hace porque tiene una necesidad de cualquier tipo, una alteración en su morfología que no lo satisface. Y, en ese momento, el deseo de cambio se convierte en noxa, en alteración que debe ser corregida ofreciendo a la persona algún tipo de solución.

Se dice que el paciente que acude al cirujano plástico es un paciente ‘sano’ y que al desear cambiar su apariencia, acude por un resultado concreto. Por lo anterior, el incumplimiento manifiesto con un resultado diferente ha sido considerado por algunos juristas como elemento condenatorio para el cirujano.

Esta consideración es absurda. Si se recuerda que la cirugía pudo desarrollarse gracias al sorprendente fenómeno de la cicatrización, y que este mecanismo fisiológico se basa en la actividad de las células de cada individuo, se puede afirmar que la cicatrización es, incluso a nivel ultraestructural, diferente en cada persona. Es imposible ofrecer una garantía de resultado y no de medio en un proceso sobre el cual el cirujano carece de control. En el instante en el que se incide la cubierta cutánea, se dispara el proceso de cicatrización y, desde ese momento, el cirujano pierde el control sobre el resultado final. En uno de los libros de cirugía plástica más conocidos (McCarthy, *et al.*), se lee:

“[...] Es fundamental que los cirujanos clínicos y los investigadores comiencen a darse cuenta de que lo que alguna vez fue considerado como un proceso de cicatrización normal o aceptable, no es ni lo uno ni lo otro. El afirmar que una herida cutánea que permanece cerrada representa un proceso normal, es ingenuo [...]”.

Se carece de control sobre los procesos de epitelización, contracción cicatricial, síntesis de colágeno y matriz fundamental, remodelación del colágeno y modulación del proceso inflamatorio. El mismo autor afirma:

“[...] En el curso de un desarrollo mayor, el hombre perdió la habilidad de regenerar órganos compuestos y tiene sólo un sustituto de tejido fibroso relativamente simple y frecuentemente insatisfactorio para restaurar la integridad física. Desafortunadamente, la reparación es considerada en un sentido general como beneficiosa. Sin embargo, el método de restaurar la integridad física con el depósito de proteína fibrosa (colágeno) puede producir complicaciones cosméticas y funcionales peores que la herida original [...]”.

La piel es uno de los órganos más complejos del individuo, posee propiedades hemostáticas fundamentales, juega un papel claro dentro del sistema inmunológico, y nos aísla del medio externo previniendo el acceso de bacterias, tóxicos y algunas radiaciones. Interviene en la termorregulación, en el proceso circulatorio, en la interrelación externa mediante el tacto y la temperatura, en la regulación hidroelectrolítica y en la excreción de hormonas. Por lo tanto, el reemplazo de la cubierta cutánea por el proceso de cicatrización no deja de ser, desde este punto de vista, insuficiente. La variadísima gama de eventos que ocurren en cada sitio traumatizado por la acción del cirujano, incluye: movilización de plaquetas, mecanismos inflamatorios, acción de macrófagos y granulocitos, actividad de fibroblastos, síntesis de tejido colágeno y remodelación de la cicatriz, entre muchísimos otros.

Si a esto se suman las características de cada enfermo: edad, nutrición, deficiencias de algunas sustancias, hormonas, prostaglandinas, uso de fármacos, enfermedades asociadas e incluso variaciones debidas a la misma temperatura, se hace prácticamente impredecible un resultado concreto. ¿Acaso se puede predecir en forma absoluta si una paciente desarrollará una cicatriz hipertrófica, atrófica o un queloide en el posoperatorio de una mamoplastia, lipectomía o cualquiera otra cirugía? ¿Se puede asegurar que después de una dermoabrasión no quedaran trastornos pigmentarios? Muchos eventos permanecen aún ocultos al conocimiento y, por lo tanto, no son controlables.

Y si esto ocurre en el campo de la cirugía plástica con fines estéticos, con mayor razón se presentan condiciones que hacen incierto el resultado en la cirugía plástica reconstructiva o funcional: ¿qué garantía puede dar el médico a su paciente, cuando se trata de reconstruir una mano mutilada en un accidente de trabajo?, ¿podrá el

cirujano plástico asegurar que la nariz llena de pólipos o con un anormal crecimiento de los cornetes quede funcionando perfectamente y el paciente adquiera la función respiratoria óptima, una vez intervenido?

Por lo anterior, el cirujano plástico no puede garantizar un resultado. Puede predecir en forma aproximada lo que va a suceder. Puede calcular una nueva forma debido a su acción técnica y científica. Pero jamás puede asegurar que obtendrá un resultado específico.

VIII - La medicina como actividad peligrosa

La medicina no es una actividad peligrosa. Este es un término jurídico que se refiere a actos de riesgo que solo beneficia a su autor (por ejemplo, manejar un automóvil). En estos casos, al ocurrir un daño la culpa prácticamente se presume en contra de su autor.

IX - El cuidado posoperatorio

El paciente debe ser cuidado por su cirujano en el periodo posoperatorio con la máxima dedicación, hasta que el enfermo se recupere de la intervención y haya superado el peligro de muerte y complicaciones graves. Y esto en términos de tiempo, se refiere a periodos establecidos para cada acto operatorio y para cada respuesta orgánica a la agresión quirúrgica.

Lo que no puede aceptarse es que la obligación médica, tanto en el intraoperatorio como en el posoperatorio, sea de resultado.

X - El paciente institucional

El paciente que acude a una institución buscando un equipo de cirujanos, es responsabilidad del grupo quirúrgico y de cada cirujano de acuerdo con su turno. Por lo tanto, al ser cirujanos pares (del mismo nivel científico), pueden turnarse en el manejo del paciente.

XI - Lo itinerante de la cirugía

No estamos de acuerdo con lo itinerante de la cirugía, excepto en contados casos. Y el cirujano que viaje por varias ciudades interviniendo enfermos, debe permanecer

en el sitio por un tiempo determinado en el cual puedan aparecer complicaciones graves. Si delega el caso, lo debe hacer con otro cirujano de su mismo nivel de conocimiento y habilidades, previa advertencia al paciente y a su familia. De lo contrario, estará abandonando a su paciente.

XII - Las peritaciones y conceptos técnicos

En los conceptos técnicos de testigos expertos o en las peritaciones, deben emplearse personas del mismo nivel científico y especialidad. Por ejemplo, un infectólogo no puede juzgar la conducta operatoria de un cirujano, pues no es su campo. Y un dermatólogo tampoco puede opinar con propiedad sobre casos de cirugía plástica, pues no es su terreno

XIII - El error diagnóstico

Una cosa es crear un riesgo no permitido, base de la imputación objetiva, y otra es errar en un criterio diagnóstico o terapéutico que está dentro de las posibilidades del ejercicio médico. El diagnóstico es una hipótesis de trabajo científico que debe ser demostrado objetivamente. Por lo tanto, el error diagnóstico en sí no puede ser motivo de práctica médica negligente.

XIV - La posición de garante

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
 2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
 3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
 4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.
- *Institucional*. Normalmente existe en el funcionamiento social una serie de normas perfectamente

establecidas. Y esto es aplicable a las instituciones de cualquier tipo que existen en la estructura del Estado. Una persona que pertenezca a una de esas instituciones se encuentra en posición de garante respecto de los miembros de esa institución. El ejemplo más elemental es la familia: cada uno de sus miembros es garante de la integridad de los demás. El padre es garante de los hijos y de la esposa. Esta es garante de su marido y sus hijos. Y los hijos lo son de los padres. En la misma forma, un jefe es garante del subalterno, como también lo es el subalterno de su respectivo superior. Es el simple enunciado centenario de “amar al prójimo como a sí mismo”, pero colocado a nivel de consideración jurídica para vivir en sociedad.

- *Organizacional.* También se está en posición de garante de manera individual. Y esto es más cierto cuando una persona maneja una fuente de riesgo, pues es garante de la fuente de riesgo y de los miembros de la sociedad que resulten afectados por su falta de control del mismo. Ejemplos de lo anterior son el responsable de la señalización de los trenes, el controlador aéreo, la persona a cargo de los explosivos de una guarnición y el médico en muchas situaciones. En casos extremos, como cuando se pierden sustancias explosivas, quien estaba a cargo de las mismas responde no solamente por ellas, sino por las acciones que con ellas se lleven a cabo, muchas veces a título de partícipe.

XV - La imputación objetiva en medicina

Diferenciación entre imputación objetiva y responsabilidad objetiva

Nuestro ordenamiento penal ha determinado expresamente en una de sus normas rectoras: la proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva. Y esto aplica, sin duda alguna, a la actividad médica.

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

responder. Es lo que se entiende por “responsabilidad objetiva”.

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

Subsiste, fuera de la órbita penal, un intento por condenar al médico con base en criterios objetivos: el daño, por ejemplo, en materia administrativa. Pero estos intentos están llamados a fracasar en la medida en que se entienda que el médico es un hombre y que, como tal, puede fallar sin culpa.

Uno de los problemas del Derecho Penal consiste en cómo poder imputar el resultado de una conducta a quien la efectúa. Los principios de causalidad son el fundamento mismo de las teorías de la conducta.

El acápite más importante al respecto es: “La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”.

Existen dos tendencias: la de Roxin, en Munich, de corte moderado, y la de Jakobs, en Bonn, más radical en sus planteamientos.

Roxin aplica la imputación objetiva a la estructura dogmática del delito: conducta típica, antijurídica y culpable, preservando los bienes jurídicos tal y como se encuentran en las normas vigentes.

Jakobs hace variar la dogmática de raíz al considerar que el bien jurídicamente tutelado es la norma en sí, siendo la función del Estado la defensa de la norma y no de los bienes jurídicos individuales. Es decir, a la conducta típica, antijurídica y culpable, le hace falta el elemento creación del riesgo y que esa creación sea desaprobada por el derecho penal.

XVI - Advertencias finales

Las siguientes son las recomendaciones finales expresadas por el presidente de la Asociación Colombiana

de Cirugía, profesor Oswaldo Borráez, en un pronunciamiento reciente respecto de los anteriores puntos analizados:

- A. Si a la medicina la consideran actividad peligrosa u obligación de resultado, lo más recomendable, entonces, es no tomar bajo el cuidado quirúrgico pacientes de muy alto riesgo.
- B. Y si se va a imputar responsabilidad cada vez que haya una complicación o la muerte de un paciente, será preferible dejar de ejercer la cirugía.
- C. Por último, si se determina que los médicos siempre deberán responder por cualquier complicación que no obedezca a las causales de culpa (impericia, negligencia, imprudencia, etc.), será mejor dejar de ejercer la medicina.

Referencias

1. Bueres A. Responsabilidad civil de los médicos. Buenos Aires: Editorial Hammurabi; 1992
2. Ghersi C. Responsabilidad por prestación medico asistencial. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike; 1993
3. Vázquez R. Prueba de la culpa médica. Buenos Aires: Editorial Hammurabi; 1991
4. Yungano A, López J, Poggi V, Bruno A. Responsabilidad profesional de los médicos. Buenos Aires: Editorial Universidad; 1982.
5. Guzmán F, Franco E, Morales MC, Mendoza J. El acto médico: implicaciones éticas y legales. Foro Col. 1994;297:203-21.
6. Guzmán F, Franco E, Morales MC, Mendoza J. Responsabilidad civil en el ejercicio de la medicina. Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. 1994;565:69-81.
7. Guzmán F. La responsabilidad civil del médico. Rev Colomb Cir. 1994;9:207-14.
8. Guzmán F. Responsabilidad civil del médico. Actual Biomed Colomb. 1995;2:29.
9. Guzmán F, Franco E. El deber de cuidado en medicina. Actualizaciones Pediátricas. 1995;5:57-62.
10. Guzmán F, Rueda R, Franco E. La *lex artis* en medicina. Actualizaciones Pediátricas. 1996;6:26-31.
11. Guzmán F, Franco E, Morales AR. Negligencia en medicina. Acta Med Colomb. 1996;21:87-92.
12. Guzmán F, Franco E, Weiss A. Caso fortuito y fuerza mayor como causales de exculpación médica. Rev Colomb Neumol. 1996;8:39-42.
13. Guzmán F, Franco E, Arrázola F. El deber de cuidado en medicina. Rev Colomb Cir. 1996;11:194-202.
14. Guzmán F, Franco E, Morales MC. La medicina no es, jurídicamente, una actividad peligrosa. Revista Colombiana de Responsabilidad Médico-Legal. 1997;3:35-43.
15. Guzmán F. El acto médico. Consideraciones esenciales. Revista Colombiana de Responsabilidad Médico-Legal. 1998;4:13-24.
16. Franco E, Guzmán F, Morales MC. Criterios para definir la responsabilidad del acto médico. Revista Colombiana de Responsabilidad Médico-Legal. 1998;4:25-37.

Correspondencia: FERNANDO GUZMÁN, MD

Correo electrónico: ferguzmancol@gmail.com

Bogotá, D.C., Colombia