

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

**“LA ÉTICA MÉDICA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL”**

INTEGRANTES

CATALINA FLECHAS SERNA

CAMILA MERIZALDE ARICO

DIRECTOR

Hernán Alejandro Olano García, MsC., PhD.

UNIVERSIDAD DE LA SABANA

FACULTAD DE DERECHO

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS - CISFADER

Campus Universitario del Puente del Común, Chía, Junio de 2003

CONTENIDO

Introducción

CAPITULO PRIMERO

1. La ética Médica en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional
 - 1.1. Fundamento de la ética Médica

2. Autonomía del paciente
 - 2.1. Principio de Autonomía
 - 2.1.1. Concepto
 - 2.2. Relación entre la Autonomía del paciente y el médico y la ética
 - 2.3. Principio de Autonomía según la normatividad vigente
 - 2.3.1. En la Constitución Política de Colombia
 - 2.3.2. En la Ley 23 de 1981
 - 2.3.3. En la Resolución 13437 de 1991
 - 2.4. Interpretación del Principio de Autonomía
 - 2.5. Análisis Jurisprudencial sobre el principio de autonomía

3. El Secreto Profesional como deber del médico
 - 3.1. Definición
 - 3.2. Secreto Profesional según la normatividad vigente
 - 3.2.1 En la Constitución Política de Colombia
 - 3.2.2 En la Ley 23 de 1981
 - 3.3. Análisis Jurisprudencial del secreto profesional

4. Proceso Ético-Disciplinario
 - 4.1. Importancia del Tribunal de Ética Médica
 - 4.2. Análisis Jurisprudencial sobre el Debido Proceso en las investigaciones Ético-Disciplinarias

5. Relación Médico-Paciente-E.P.S

- 5.1. Relación entre la normatividad vigente y la Constitución Política de Colombia
- 5.2. Análisis Jurisprudencial sobre la relación Médico-Paciente-E.P.S.

Conclusiones

CAPITULO SEGUNDO - ANEXOS

Análisis Jurisprudencial de las siguientes Sentencias Proferidas por la Corte Constitucional.

1. Sentencia C-259/95 (Junio 15). M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara
2. Sentencia C-106/97 (Marzo 6). M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara
3. Sentencia C-116/99 (Febrero 24). M.P. (E) Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez
4. Sentencia T-151/96 (Abril 17). M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo
5. Sentencia T-161/98 (Abril 29). M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo
6. Sentencia C-264/96 (Junio 13). M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz
7. Sentencia C-280/95 (Junio 29). M.P. Dr. José Arango Mejía
8. Sentencia T-401/94 (Septiembre 12). M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz
9. Sentencia T-1384/00 (Octubre 12). M.P.(E) Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez
10. Sentencia de Unificación S.U. 337/99 (Mayo 12). M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero

INTRODUCCIÓN

El estudio jurisprudencial de la ética médica, no puede entenderse sin un análisis detallado de los derechos fundamentales que se relacionan con ésta de manera íntima, pues como bien es sabido, la profesión de la medicina se constituye como una ciencia de carácter social, por cuanto los profesionales de la medicina están en contacto permanente con el sujeto real y sobre el cual recaen de manera intrínseca, los principios emanados del Estatuto Superior. Es así como la persona se construye en sí misma, y en donde la Dignidad Humana se materializa, ya que por medio de tales derechos y garantías, el Estado se constituye como actor permanente, en cuanto a la consecución de sus fines se refiere, y para lograrlo debe entonces enaltecer el concepto de persona.

En esa medida, la Carta Política de 1991, fue creada por el Constituyente con el fin de conformar un Estado mucho más justo, el cual propendiera por el bienestar de todas y cada una de las personas que habitaran en el territorio colombiano y es por esto que el artículo primero de la misma establece:

“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia de interés general.”¹

De acuerdo con la teoría constitucional, un Estado de tal naturaleza debe consagrar los principios y los derechos de carácter fundamental que se relacionen directamente con el fuero interno de la persona y los mecanismos adecuados mediante los cuales puedan ser protegidos. Por lo anterior, la Constitución Política de Colombia como ley Fundamental, se caracteriza por ser de carácter garantista y es por esto que se promueven como fines

¹ Olano García, Hernán. Constitución Política de Colombia (artículo 1), Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá 1997 Pág. 129

esenciales del Estado la protección, en primera medida, de los derechos que a todas las personas les asisten por el hecho de serlo.

Así mismo, el Constituyente consideró necesario crear un Tribunal especializado que tuviera como función principal velar por la integridad y supremacía de la Constitución. Como consecuencia de lo anterior surgió la Jurisdicción Constitucional que según el artículo 241 de la Carta Fundamental establece:

“A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y la supremacía de la Constitución”²

El mismo artículo determina como competencias de la Corte Constitucional, entre otras, decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, contra los decretos con fuerza de ley, contra los decretos legislativos y adicionalmente, le corresponde revisar las decisiones judiciales relacionadas con la Acción de Tutela de los derechos constitucionales.

De otra parte, la Carta Fundamental en el artículo 86³ introdujo de manera especial, un trámite dirigido principalmente a salvaguardar y proteger los derechos fundamentales consagrados en la Carta y en esa medida se materializa el carácter garantista que nutre el Estatuto Superior. Este procedimiento ha sido denominado Acción de Tutela, y se define como *“aquel mecanismo procesal, (de carácter alternativo), específico y directo del que puede hacer uso cada persona, con el objeto de buscar la protección directa e inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando estos han sido violados o existe amenaza de violación o de vulneración por parte de la*

² Olano García, Hernán. Constitución Política de Colombia (artículo 241), Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 1997 Pág. 419

³ Olano García, Hernán. Constitución Política de Colombia (artículo 86), Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 1997 Pág. 283

autoridad pública o de un particular encargado de la prestación de un servicio o actividad pública.”⁴

La investigación que a continuación se presenta, tiene como objetivo establecer los lineamientos jurisprudenciales que la Corte ha adoptado sobre los temas que directamente se relacionan con la ética médica, tratando de dilucidar criterios científicos, que cuando afectan de manera directa a la persona humana y a sus derechos fundamentales, la Corporación entra a tutelarlos y protegerlos.

A través del análisis jurisprudencial efectuado, pudimos determinar que existen varios tópicos neurálgicos cuando se trata el tema de la ética médica, a saber:

- La relación médico – paciente y más concretamente todo lo concerniente al consentimiento informado, a la autodeterminación y autonomía de los pacientes y en general todo lo que se desprende del vínculo subjetivo e interactivo de los mismos.
- El secreto profesional como deber del médico
- Proceso ético Disciplinario
- La Relación existente entre las Entidades Promotoras y Prestadoras del servicio de la salud con el médico y el paciente luego de la entrada en vigencia del nuevo régimen de Seguridad Social (Ley 100 de 1993)

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente mencionado, la Corte Constitucional se ha visto en la obligación de hacer una reflexión sobre los valores y las normas que guían el actuar humano, la intervención de la ciencia y la tecnología en la vida misma. Es inevitable que con el pasar de los años, la intervención del hombre sobre los seres vivos se realiza de manera mucho más avanzada, que en algunos casos, se dirige benéficamente al descubrimiento de nuevas fórmulas y en otros hacia el detrimento de la vida

⁴ Olano García Hernán. Preguntas y Respuestas de Derecho Constitucional Colombiano y Teoría General del Estado. Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2002. Pg 12.

misma, sobre todo, cuando la labor fundamental de un profesional de la medicina es propender por la salud e integridad de los seres humanos y en esa medida proteger de manera categórica la vida y la Dignidad Humana.

La Corporación en algunos de sus pronunciamientos ha señalado que su competencia se restringe al estudio de la constitucionalidad de las normas promulgadas por el legislador y además al análisis de casos concretos en los cuales están inmersos derechos fundamentales constitucionales. En esa medida, ha manifestado que sus fallos únicamente se dirigirán a dirimir asuntos relacionados con la Carta Política sin entrar a determinar cuestiones médicas y científicas, por cuanto su conocimiento corresponde de manera privativa a los profesionales de la medicina y cuyos conflictos deben ser dirimidos en una instancia especial denominada Tribunal Nacional de Ética Médica.

CAPITULO PRIMERO

1. La ética Médica en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional:

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, en relación con la ética médica, se ha desarrollado básicamente alrededor de ciertos derechos fundamentales que se relacionan en su gran mayoría con la vida, la libertad, el trabajo, la intimidad y el servicio público de la salud, que por conexidad se convierten en fundamental.⁵

Con el tiempo la ética en general ha adquirido gran importancia y es así como el hombre se ha visto en la necesidad de crear ciertas normas que regulen los valores y comportamientos de las personas en todas las áreas propendiendo por mejorar y dignificar la vida humana.

La Corte Constitucional, como órgano encargado de velar por el cumplimiento y supremacía del Estatuto Superior se ha encargado de efectuar el análisis de las disposiciones legales, entre ellas la Ley 23 de 1981, que reglamenta lo concerniente a la ética médica verificando que tal sea constitucional con el fin de garantizar los fines esenciales del Estado Social de Derecho. Con base en lo anteriormente expuesto hemos realizado un estudio de las líneas jurisprudenciales que han sido adoptadas por la Corporación en relación con el tema de la ética médica.

1.1. Fundamento de la ética médica:

Tanto la ética médica como las demás disciplinas, debe fundamentarse en la Dignidad Humana. La Honorable Corte Constitucional al respecto, ha expresado:

“ La dignidad humana es en verdad el principio fundante del Estado, que más que derecho en sí mismo, es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la

⁵ A título de ejemplo podemos citar los siguientes fallos:

Corte Constitucional. Sentencia C-264-96 (Junio 13) M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-259-95 (Junio 15) M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional. Sentencia S.U-337-95 (Mayo 12) M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

*Constitución; este principio atiende necesariamente a la superación de la persona, respetando en todo momento su autonomía e identidad*⁶

*"Esa trascendencia suprema que le otorga la Constitución a la dignidad humana, supone el reconocimiento del hombre como un fin en sí mismo y no como un objeto manipulable al que hay que buscar y encontrarle su fin fuera de sí. Por lo tanto, respetar la dignidad "será tener en cuenta que el ser humano es anterior, lógica y sociológicamente al Estado, y por ello los procedimientos operativos y las normas que el propio Estado utilice en sus actividades, han de ser lógica y sociológicamente adecuados a la índole personal de los seres humanos". De lo expuesto fluye que cuando el Estado, independientemente de cualquier consideración histórica, cultural, política o social, establece normas sustanciales o procedimentales dirigidas a regular las libertades, derechos o deberes del individuo, sin tener presente el valor superior de la dignidad humana, serán regulaciones lógica y sociológicamente inadecuadas a la índole de la condición personal del ser humano y, por contera, contrarias a la Constitución, en la medida en que se afectarían igualmente los derechos fundamentales, dado que éstos constituyen condiciones mínimas para la "vida digna" del ser humano; en efecto, cuando se alude a los derechos fundamentales se hace referencia a aquéllos valores que son anejos a la dignidad humana. De lo anterior se concluye, que en nuestro sistema jurídico político la misión tanto del Estado como del Derecho es la de consagrar y proteger la dignidad humana, "porque ambas instituciones se justifican y tienen razón de ser sólo en la medida en que sean instrumentos al servicio de la promoción, realización y elevación del conjunto de valores supremos que trascienden al ser humano y a su dignidad"*⁷

El Estado, a través del Congreso de la República es el encargado de promulgar todas las disposiciones legales que regulan temas determinados. Este ente debe encaminar todos sus pronunciamientos hacia la materialización de los preceptos constitucionales y siempre debe propender por la protección de la

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-239 de 1997 (Mayo 20) M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz

⁷ Corte Constitucional. Sentencia t-029 de 2001 (Enero 19) M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero

Dignidad Humana ya que ésta es la directriz y el valor fundamental del Estado Social de Derecho.

La actividad médica debe reconocer de manera primordial el principio de la Dignidad Humana y por lo tanto podemos determinar que los profesionales de la medicina en todas sus actuaciones, deben propender por la protección de la misma, por cuanto en ella se fundamenta todo el ordenamiento jurídico y en especial, el Estado. Además, debido al carácter social que tiene el ejercicio médico, se hace necesaria la búsqueda de tal fundamento, por cuanto sus funciones se encaminan y dirigen de manera directa a la persona humana.

Luego del análisis realizado sobre cada una de las jurisprudencias que se relacionan con el tema de la Ética Médica⁸, hemos podido determinar que la mayoría de los conflictos que se suscitan entre los profesionales de la medicina y homólogos con los pacientes versan, generalmente, sobre la autonomía del paciente, el consentimiento informado, el secreto profesional, el proceso ético-disciplinario y las controversias que se derivan de las E.P.S.-Médico-Paciente.

Es por lo anterior que a continuación se presentará el concepto de la Honorable Corte Constitucional sobre los temas mencionados.

2. Autonomía del paciente:

2.1 Principio de Autonomía:

2.1.1 Concepto:

La autonomía hace referencia “(...) a la libertad que tiene una persona para establecer sus normas personales de conducta, es decir, la facultad para *governarse a sí misma, basada en su propio sistema de valores y principios. La*

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-264-96 (Junio 13) M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia C-259-95 (Junio 15) M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara. Sentencia S.U-337-95 (Mayo 12) M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Sentencia C-106/97 (Marzo 6). M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara. Sentencia C-116/99 (Febrero 24) M.P. (E) Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez. Sentencia T-151/96 (Junio 17) M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Sentencia T-161/98 (Abril 29) M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Sentencia C-280/95 (Junio 29) M.P. Dr. Jorge Arango Mejía. Sentencia T-401/94 (Septiembre 12) M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia T-1384/00 (Octubre 12) M.P. (E) Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez

*palabra deriva del griego **autos** que significa "mismo" y **nomos** que significa "regla", "gobierno", "ley", es decir, expresa autogobierno, sin constricciones de ningún tipo.*⁹

2.2. Relación entre la autonomía del paciente y el médico con la ética:

El principio de autonomía en ética Médica puede configurar conflictos de tipo profesional y, por supuesto, de orden moral. Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia 264/96 (Junio 13) M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz ha dicho *"(...)que si los valores morales del paciente entran directamente en conflicto con los valores de la medicina, la responsabilidad fundamental del médico es respetar y facilitar la autodeterminación del paciente en la toma de decisiones acerca de su salud."*¹⁰

El principio de autonomía, hace referencia al derecho moral que asiste al paciente para tomar sus propias determinaciones en relación con su vida, su salud y su felicidad. *Todo médico debe conocer el "código moral" que para tal efecto ha aprobado la sociedad, y que contiene normas de obligado cumplimiento, es decir, deberes prima facie, o como diría Kant, "imperativos categóricos"*¹¹.

2.3 Principio de Autonomía según la Normatividad vigente:

2.3.1 La Constitución Política de Colombia en sus artículos 13, 16 y 18 consagra, el derecho fundamental a la Libertad de la persona y el principio de autonomía.

El artículo 13 establece: *"Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por*

⁹ Gracia Guillén, D."Profesión Médica, Investigación y Justicia Sanitaria. Editorial el Búho. Bogotá-Colombia. 1998

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia 264/96 (Junio 13) M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

¹¹ Rodríguez Luño, A. Ética. Ediciones Universidad de Navarra S.A. Pamplona. 1984

*razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”*¹²

El artículo 16 consagra: *“Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin mas limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”*¹³

El artículo 18 reza: *“Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia”*¹⁴

2.3.2 La Ley 23 de 1981 respecto al tema de la autonomía del paciente prescribe lo siguiente:

“Artículo 4º. La asistencia médica se fundamentará en la libre elección del médico, por parte del paciente. En el trabajo institucional se respetará en lo posible este derecho.”

“Artículo 8º. El médico respetará la libertad del enfermo para prescindir de sus servicios.”

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

“Artículo 20. El médico tratante garantizará al enfermo, o a sus allegados

*inmediatos responsables, el derecho de elegir al cirujano o especialista de su confianza.”*¹⁵.

¹² Olano García, Hernán. Constitución Política de Colombia (artículo 13), Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 1997 Pág. 150.

¹³ Olano García, Hernán. Constitución Política de Colombia (artículo 16), Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 1997 Pág. 158.

¹⁴ Olano García, Hernán. Constitución Política de Colombia (artículo 18), Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 1997 Pág. 160.

Por lo anterior, podemos observar que el legislador, al redactar la Ley 23 de 1981, consagró expresamente el principio de autonomía ya que este, en nuestro criterio, es considerado como la directriz fundamental de la neoética médica.

2.1.3.3 La Resolución 13437 de 1991, promulgada por el Ministerio de Salud (hoy Ministerio de Protección Social) incorpora el Decálogo de los Derechos del Paciente¹⁶ afianzando así el principio de autonomía, consagrado en la Ley 23 de 1981, en los siguientes términos:

1. *“Elegir libremente al médico, a los profesionales de la medicina, también a las instituciones de salud prestadoras del servicio, dentro de los recursos disponibles del país.”*
2. *“Disfrutar de una comunicación plena y clara con el médico, teniendo en cuenta sus condiciones psicológicas y culturales, para que de esta manera, se le permita obtener toda la información necesaria respecto a la enfermedad que padece, así como los procedimientos y tratamientos que le van a ser practicados, al pronóstico y los riesgos que dicho tratamiento conlleve.”*
3. *“En caso de inconsciencia o minoría de edad, los pacientes tienen derecho a que sus familiares o representantes, consientan o rechacen los procedimientos médicos, dejando expresa constancia ojalá escrita de su decisión.”*
4. *“Recibir o rehusar apoyo espiritual o moral cualquiera que sea el culto religioso que profese.”*
5. *“Respetar su voluntad de participar o no en investigaciones realizadas por personal científicamente calificado, siempre y cuando se haya enterado acerca de los objetivos, métodos, posibles beneficios, riesgos previsibles e incomodidades que el proceso investigativo pueda implicar.”*

¹⁵ Código Nacional de ética Médica, Ley 23 de 1981.

6. *“Respetar la voluntad del paciente de aceptar o rehusar la donación de sus órganos para que éstos sean trasplantados a otros enfermos.”*

7. *“Su derecho a morir con dignidad y a que se le respete su voluntad de permitir que el proceso de la muerte siga su curso natural en la fase terminal de su enfermedad.”¹⁷*

De lo anteriormente expuesto, podemos determinar que la normatividad vigente consagra el principio de autonomía del paciente y en virtud de éste se le otorgan ciertos derechos y garantías, para que de acuerdo con sus convicciones, creencias y aspiraciones, elija libremente al profesional de la medicina que lo va a tratar y conozca de manera clara los beneficios y consecuencias del tratamiento que se le va a aplicar.

2.4. Interpretación del Principio de autonomía

El profesional de la medicina, al interpretar el principio de autonomía del paciente, debe tener en cuenta la capacidad decisoria que éste pueda tener, pues es requisito sine qua non que dicha capacidad sea íntegra, para evitar entonces un consentimiento viciado. Con respecto a la capacidad, el Código Civil establece:

Artículo 1503 “ Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces”¹⁸

Artículo 1504: “Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos, que no puedan darse a entender.

Inc. 2 Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución.

Inc. 3 Modificado. D.2820/74, art. 60. Son también incapaces los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad y los disipadores que se hallen bajo interdicción. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta

¹⁶ www.encolombia.com/etica-medica-capitulo-I-partedos.htm.

¹⁷ Código Nacional de ética Médica. Ley 23 de 1981

¹⁸ Código Civil. Legis Editores S.A. 2001. Pág. 234.

*y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajos ciertos respectos determinados por las leyes*¹⁹

La capacidad legal se adquiere con la mayoría de edad, lo anterior se encuentra consagrado en la Ley 27 de 1977 que establece:

Artículo 1º: “Para todos los efectos legales llámase mayor de edad, o simplemente mayor, a quien ha cumplido diez y ocho (18) años.”

Artículo 2º: “ En todos los casos en que la ley señale los 21 años como aptitud legal para ejecutar determinados actos jurídicos, o como condición para obtener la capacidad de ejercicio de los derechos civiles, se entenderá que se refiere a los mayores de 18 años”²⁰

De lo anterior se desprende el problema de la capacidad frente al principio de autonomía del que gozan todas las personas y es por ese motivo que la Corte Constitucional entra a analizarlo desde diferentes puntos de vista y en cada caso concreto se han planteado diversas soluciones que analizaremos a continuación.

2.3 Análisis Jurisprudencial sobre el Principio de la Autonomía:

En primer término es preciso conocer la postura jurisprudencial respecto al principio de la autonomía. Por esto consideramos preciso analizar el pronunciamiento de la Corte Constitucional en Sentencia T-401/94 (Septiembre 12). M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, en la cual se definió el concepto de autonomía de la siguiente manera:

“Toda persona tiene derecho a tomar decisiones que determinen el curso de su vida. Esta posibilidad es una manifestación del principio general de libertad, consagrado en la Carta de derechos como uno de los postulados esenciales del ordenamiento político constitucional (C.P. arts. 13, 16 y 28). Del principio

¹⁹ *Ibíd*

²⁰ Ley 27 de 1977 (Octubre 26), Código Civil, Suplemento. Legis Editores S.A. 2001. Pág. 490.

general de libertad emana el derecho específico de la autonomía del paciente que le permite tomar decisiones relativas a su salud.”²¹

En esta sentencia, se decidió sobre la siguiente situación fáctica:

El señor Leovani Amador Burgos padece una deficiencia renal crónica siendo atendido en la Clínica San Pedro Claver del Instituto del Seguro Social (I.S.S.) Las relaciones personales entre el médico y el paciente se empezaron a deteriorar desde enero de 1993. El médico manifestó que el paciente no ha dado cumplimiento al tratamiento ordenado.

En mayo de 1993, el médico tomó la determinación de cambiar el tratamiento de diálisis peritoneal por el de hemodiálisis, el cual consiste en el filtrado externo de la sangre del paciente en forma exclusivamente intra-hospitalaria.

El paciente interpuso acción de tutela para proteger su derecho fundamental a la vida. En su opinión, la decisión del médico de cambiarle el tratamiento iniciado tres años atrás con buenos resultados, fue hecha en forma arbitraria y con un propósito sancionatorio por no haber cumplido con su exigencia relativa al conteo de las bolsas de los líquidos del tratamiento. Al haberle negado el suministro de los medicamentos que requiere para la diálisis peritoneal, el accionante estima que el médico está poniendo en peligro su vida.

El médico tratante manifestó que el cambio de tratamiento se debía que el paciente sufría de un trastorno psicológico.

La Corporación ordenó al Instituto de Seguros Sociales “(...) *proveer los recursos, tanto médicos como asistenciales, que fueren necesarios para que el Señor Leovani Amador Burgos pueda recibir el tratamiento que elija*”²²

La decisión se fundamentó en las siguientes consideraciones:

“(...)los individuos son libres y agentes morales autónomos y que por ese motivo, es a ellos a quienes les corresponde definir cómo entienden el cuidado de su salud, y por ende, los tratamientos médicos deben contar con su autorización. En efecto, la primera consecuencia que se deriva de la autonomía

²¹ Corte Constitucional. Sentencia T-401/94 (Septiembre 12). M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo.”²³ Por lo anterior la Corporación ha señalado “que del principio general de libertad emana el derecho específico de la autonomía del paciente que le permite tomar decisiones relativas a su salud. Igualmente, si las personas son inviolables, sus cuerpos también lo son, por lo cual no pueden ser intervenidos sin su permiso.”²⁴

Adicionalmente, en el mismo pronunciamiento la Corporación establece que “es necesario que el consentimiento del paciente reúna ciertas características, y en especial que sea libre e informado. Esto significa, que la persona debe tomar su determinación sin coacciones ni engaños. Por ello, la decisión debe ser informada, esto es, debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente de todos los datos que sean relevantes para que el enfermo pueda comprender los riesgos y beneficios de la intervención terapéutica y valorar las posibilidades de las más importantes alternativas de curación, las cuales deben incluir la ausencia de cualquier tipo de tratamiento. El paciente que toma la decisión debe ser lo suficientemente autónomo para decidir si acepta a o no el tratamiento específico, esto es, debe tratarse de una persona que en la situación concreta goce de las aptitudes mentales y emocionales para tomar una decisión que pueda ser considerada una expresión auténtica de su identidad personal.”²⁵

Con relación a las características que debe tener el consentimiento del paciente es pertinente hacer alusión a lo siguiente:

Consentimiento idóneo: “ (...)El consentimiento idóneo, se presenta cuando el paciente acepta o rehúsa la acción médica luego de haber recibido información adecuada y suficiente para considerar las más importantes alternativas de curación.”²⁶

²² Ibídem

²³ Ibídem

²⁴ Ibídem

²⁵ Ibídem

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia 264/96(Junio 13). M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Es preciso anotar, que para que ese consentimiento sea idóneo es necesario que sea informado, es decir, que el paciente tenga pleno conocimiento sobre el tratamiento que le va a ser aplicado.

Consentimiento Informado: *“Es deber del médico informar anticipadamente al paciente y con debida prudencia sobre los riesgos y secuelas del tratamiento. La efectividad del principio de autonomía está ligada directamente a este consentimiento.”*²⁷

Así pues considera la Honorable Corte Constitucional “(...)que todo tratamiento, aún el más elemental, debe hacerse con el consentimiento del paciente. Existen sin embargo tres casos en los cuales se presenta una excepción a la regla:

1. Cuando el estado mental del paciente no es normal
2. Cuando el paciente se encuentra en estado de inconsciencia
3. Cuando el paciente es menor de edad”²⁸

De otra parte el artículo 15 de la ley 23 de 1981, hace alusión al consentimiento del paciente en los siguientes términos:

*“El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física y síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente”*²⁹.

De las consideraciones precedentes, en nuestro criterio podemos determinar que los planteamientos efectuados por la Corporación durante la sentencia, se dirigen a dos ejes centrales, por un lado el consentimiento informado del paciente y la capacidad técnica del médico. Respecto del primer punto, hay que decir, que el paciente como persona humana tiene derecho a conocer precisa y

²⁷ Ibídem

²⁸ Ibídem

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-401/94 (Septiembre 12). M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

claramente los tratamientos que le serán aplicados para que de esta manera pueda decidir si se rehúsa a aceptarlo o si por el contrario acepta una de las posibilidades dadas por el galeno. Hay que tener en cuenta que el consentimiento del paciente debe ser dado con el pleno uso de sus capacidades y facultades, es por lo anterior, que hay algunas situaciones claras en las cuales no se cuenta con dicho consentimiento, a saber: cuando el estado mental del paciente no es normal, cuando el paciente se encuentra en un estado de inconsciencia y cuando el paciente es menor de edad.

En esa medida, para efectos de nuestro análisis, hemos de considerar que el Estado en su posición de garante debe propender por la protección de la vida de las personas, esto lo debe hacer mediante la prestación efectiva del servicio de la salud pero de ninguna manera debe interferir en la esfera privada e interna de estas, por lo tanto no debe obligar al enfermo a tomar una determinación en contra de su propia voluntad. De este punto se desprende una controversia de la aplicación entre los principios y las reglas dando origen a una ponderación de los mismos en cada caso concreto. No se puede establecer un criterio general de aplicación por cuanto el Estado en algunos casos debe dar primacía a los principios y en otros dar lugar a la superioridad de las reglas. Corresponde al Estado la interpretación judicial en la búsqueda de un equilibrio entre intereses generales y particulares, de tal manera que ninguno de los dos sea subsumido o minimizado por el otro.

De lo esgrimido anteriormente, la Honorable. Corte Constitucional ha manifestado “que *las excepciones que establece la ley al consentimiento informado del paciente no pueden aplicarse de manera absoluta*”³⁰. Al respecto, una sentencia hito como lo fue la Sentencia de Unificación 337 de 1999 (Mayo 12), M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, que trata de manera específica el tema del principio de autonomía, expone un caso en donde en su pronunciamiento debe resolver un enfrentamiento entre normas y principios. Para poder entender sus consideraciones es preciso efectuar la siguiente descripción de los hechos:

La menor N.N., de ocho años, padece de un trastorno sexual (ambigüedad sexual) denominado pseudohermafroditismo masculino. La madre, actuando como representante legal, solicita al Seguro Social, le sea practicada la intervención quirúrgica, para normalizar la situación sexual de la menor. Al respecto la Corporación, después de solicitar múltiples conceptos a los entes académicos y científicos especializados (Academia Nacional de Medicina, Facultades de medicina de las Universidades Nacional y Javeriana, Directora del ISNA (Intersex Society of North America), Gustavo Malo Rodríguez en representación de la Sociedad Colombiana de Urología y Bernardo Ochoa Arisméndiprimera autoridad Científica en Colombia sobre la ambigüedad genital entre otros), efectuó las siguientes consideraciones:

La Honorable Corte Constitucional en el fallo mencionado analizó el caso partiendo de unos criterios para determinar la posibilidad de que los padres puedan tomar una decisión referente a los tratamientos médicos de los hijos menores. Al respecto manifestó:

“Existen tres criterios centrales a ser considerados en situaciones de esta naturaleza, y que son (i) la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor, (ii) los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño y (iii) la edad del paciente.”³¹

Con base en lo anterior el fallo fue dirigido así:

“(…)los niños no son propiedad de sus padres sino que tienen una individualidad y dignidad propias, y constituyen una autonomía en desarrollo. Los derechos de los padres sobre sus hijos tienen entonces como único fundamento la protección de los intereses superiores del menor, a fin de que éste logre desarrollarse como persona autónoma.(…)”³²

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia de Unificación S.U.337/99 (Mayo 12). M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero

³¹ Sentencia de Unificación 337 de 1999 (Mayo 12), M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero

³² *Ibidem*

“(...)los padres no pueden someter a sus hijos a cirugías y tratamientos riesgosos, de los cuáles no se derive un beneficio directo para la salud del infante, por cuanto tal decisión afecta el interés superior del menor.”

“(...)la madre de la menor XX no puede autorizar que su hija sea sometida a operaciones o tratamientos hormonales destinados a remodelar la apariencia de sus genitales, por cuanto se trata de procedimientos que, para este caso, no es claro que sean urgentes, y por el contrario existen evidencias de que son riesgosos y muy invasivos. Esas terapias serían entonces, en este momento, contrarias tanto al principio de beneficiencia como al de autonomía, por lo cual el consentimiento sustituto materno no parece constitucionalmente admisible.”

“(...)la Corte estima que para favorecer el consentimiento informado de la menor, la madre debe colaborar para que su hija tome la decisión, pero es necesario establecer unos procedimientos que en cierta medida obliguen a la progenitora a tomar en cuenta la situación actual del debate médico y a reflexionar y decidir teniendo como eje central los intereses reales de la menor.”

“(...)si se tiene en cuenta que la menor ya tiene un desarrollo cognitivo, social y afectivo que le permite tener conciencia clara de su cuerpo y una identificación de género definida, el consentimiento sustituto paterno pierde legitimidad constitucional, y las cirugías e intervenciones hormonales para modelar sus genitales deben esperar hasta que el propio paciente pueda autorizarlas.(...)”

“(...)corresponderá a los equipos interdisciplinarios realizar las pruebas pertinentes para evaluar si la persona goza de la autonomía suficiente para brindar un consentimiento informado.”

“Con todo, ésta Corte considera que algunos elementos normativos son claros y enmarcan la acción de esos grupos interdisciplinarios. Así, en primer término, no es necesario esperar obligatoriamente hasta la mayoría de edad, puesto

*que, como ya se señaló en esta sentencia, no es lo mismo la capacidad legal que la autonomía para autorizar un tratamiento médico, por lo cual, un menor, que es legalmente incapaz, puede ser plenamente competente para tomar una decisión sanitaria(...)*³³

En conclusión la Honorable Corte Constitucional determinó que *“al no estar de por medio la vida de la menor y al ser éste un tratamiento riesgoso e invasivo, la madre en su calidad de tal, no podrá consentir y decidir sobre el futuro sexo de su hija”*.³⁴

Es por lo anterior, que en su fallo, se le da primacía al principio de autonomía y al derecho fundamental a la libertad de la menor, dejando a un lado la norma que consagra la capacidad legal de la madre para tomar las decisiones sobre el cuerpo de su hija.

De acuerdo a las tesis expuestas por la Corporación a lo largo de la sentencia, consideramos que el tratamiento dado al problema suscitado fue adecuado, pues de cierta manera buscó la protección tanto del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana, la autonomía como de la vida, siendo aquellos los pilares fundamentales sobre los cuales esta sustentada su decisión, desarrollando de esta manera el problema planteado anteriormente de acuerdo a la Constitución.

La Constitución Política establece el derecho fundamental a la libertad, del cual se desprende que toda persona es autónoma para tomar decisiones relativas a su salud. En esa medida, la capacidad legal no es la que determina en un momento dado el consentimiento de un ser humano, pues los menores de edad de acuerdo a su desarrollo cognitivo y volitivo pueden encontrarse facultados para decidir cuestiones que afectan su fuero interno excluyendo así a las personas que legalmente lo representan a tomar tal determinación.

No obstante, es importante resaltar que en el caso concreto, el equipo interdisciplinario además de determinar si el paciente es autónomo, debe

³³ Ibídem

orientar de manera clara y precisa los beneficios y consecuencias que se deriven de la realización de un tratamiento quirúrgico encaminado a lograr un consentimiento informado. Así mismo, es deber de los padres o de quienes tengan a su cargo la representación legal del menor, orientarlo de manera imparcial para que finalmente sea él quien decida a cual sexo quiere pertenecer.

Lo anterior, por cuanto la Corporación en su pronunciamiento no quiere interferir de manera directa en la privacidad familiar y en esa medida no puede de manera tajante ordenar que sea la menor quien deba tomar la decisión sino que conjuntamente y con el apoyo de un equipo interdisciplinario, la madre y la paciente decidan cuál es el mejor procedimiento que debe adoptarse.

Sin embargo, en caso de que la intervención quirúrgica tenga el carácter de urgente y la vida del paciente se encuentre en verdadero peligro, los padres deberán acceder a que dicha intervención sea practicada. Además, hay que anotar que si la ambigüedad genital es descubierta cuando el paciente tiene escasos meses de edad y aun no se le ha atribuido un sexo específico ni ha sido tratado por los demás como varón o como mujer, ésta intervención, previo criterio médico y científico podrá realizarse siempre y cuando los padres den su consentimiento informado.

De otra parte, la Corporación expresó que no resolverá ni mediará en un debate científico, pues se debe proteger la autonomía de la comunidad científica, y en especial del estamento médico, para evaluar los resultados de sus tratamientos y de sus investigaciones, sino que, además, en general los jueces carecen de la formación académica específica para poder llegar a conclusiones claras en estos debates científicos. Por ello, la Corte señaló que en principio no le compete entrar a dirimir controversias académicas o científicas sino únicamente determinar si hay derechos fundamentales que

³⁴ *Ibidem*

puedan ser amenazados o vulnerados con la realización o abstención de la intervención quirúrgica.

3. El secreto profesional como deber del médico:

3.1. Definición:

Según la Real Academia de la Lengua Española, “*es el deber que tienen los miembros de ciertas profesiones, como médicos, abogados, periodistas etc., de no descubrir a terceros los hechos que han conocido en el ejercicio de su profesión*”³⁵

3.2 Secreto Profesional según la Normatividad Vigente:

El Secreto Profesional ha sido reglamentado tanto legal como Constitucionalmente. Es por ese motivo que para poder analizar el alcance que éste puede tener en el ámbito de la ética médica es necesario conocer la reglamentación que lo consagra.

3.2.1. Secreto Profesional según la Constitución Política de Colombia:

El artículo 74 de la Carta Fundamental establece “*El Secreto Profesional es inviolable*”³⁶ De lo anterior, podemos deducir que el secreto profesional es un deber, en principio, de carácter absoluto, pero es necesario que el legislador entre a reglamentar y a desarrollar legalmente el tema para que de esta manera se puedan proteger y garantizar valores y derechos que per se son absolutos como lo es el derecho a la vida y la primacía del bienestar general sobre el particular sin que el secreto profesional vulnere los derechos anteriormente descritos.

³⁵ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, Madrid, Editoril ESPASA-Calpe, S.A., 1970. Tomo 5, Pág. 1194

³⁶ Olano García, Hernán. Constitución Política de Colombia (artículo 74). Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 1997. Pag. 267

El Secreto Profesional se encuentra directamente relacionado con el Derecho Fundamental a la Intimidad consagrado en el Artículo 15 de la Carta Política que establece lo siguiente: *“Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar.(...)”*³⁷

La Carta Fundamental garantiza el secreto profesional, el cual de alguna manera asegura la espontaneidad y el ejercicio concreto de la libertad íntima que compromete la parte más intrínseca de la persona. Podemos comprender entonces, que el Estatuto Superior defiende vigorosamente la vida privada evitando entonces que terceros se involucren de manera injusta vulnerando uno de los bienes más preciados del ser humano denominado intimidad.

3.2.2 Secreto Profesional en la Ley 23 de 1981

La Ley 23 de 1981(Código Nacional de Ética Médica)en su primer artículo recoge los principios rectores que el profesional de la medicina en su calidad de tal debe cumplir:

Artículo 1: *“La relación médico - paciente es elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito, debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico, el cual impone la más estricta reserva profesional”*.³⁸

Se entiende que uno de los deberes principales de los médicos es el de guardar la más estricta reserva profesional.

De otra parte la misma Ley en el artículo 37 define el concepto de Secreto Médico de la siguiente manera:

Artículo 37: *“Entiéndase por secreto profesional médico aquello que no es ético o lícito revelar sin justa causa. El médico está obligado a guardar el secreto profesional en todo aquello que por razón del ejercicio de su profesión haya*

³⁷ Olano García, Hernán. Constitución Política de Colombia (artículo 15). Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 1997. Pag. 154

*visto, oído o comprendido, salvo en los casos contemplados por disposiciones legales.*³⁹

La normatividad anteriormente citada consagra algunas excepciones en las cuales el médico está legalmente facultado para revelar el secreto médico. Estas circunstancias están consagradas así:

Artículo 38: *“Teniendo en cuenta los consejos que dicte la prudencia la revelación del secreto profesional se podrá hacer:*

- a. Enfermo en aquellos que estrictamente le concierne y convenga.*
- b. A los familiares del enfermo, si la revelación es útil al tratamiento.*
- c. A los responsables del paciente, cuando se trate de menores de edad o de personas mentalmente incapaces.*
- d. A las autoridades judiciales o de higiene y salud, en los casos previstos por la ley.*
- e. A los interesados, cuando por efectos físicos irremediables o enfermedades graves infecto - contagiosas o hereditarias, se ponga en peligro la vida del cónyuge o la de su descendencia”*⁴⁰

Adicionalmente, el Artículo 39.de la Ley 23 de 1981 también establece que *“El médico velará por que sus auxiliares guarden el secreto profesional”*.

De lo anterior, podemos determinar que el Secreto Profesional es uno de los principios que todo médico debe cumplir y la revelación de éste solo puede hacerse cuando el profesional de la medicina se encuentre incurso en alguna de las excepciones establecidas legalmente. El deber ético y moral del médico es el de guardar la reserva de todos los datos que del paciente han sido extraídos con ocasión a la relación de confianza que entre ambos ha existido.

³⁸ Congreso de Colombia. Ley 23 de 1981 (Febrero 18). Diario Oficial No. 35.711

³⁹ *Ibíd*em

⁴⁰ *Ibíd*em

3.3. Análisis Jurisprudencial del Secreto Profesional

La Honorable Corte Constitucional en Sentencia C- 264 de 1996, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, analizó la constitucionalidad de los artículos 37 y 38 de la Ley 23 de 1981 que regulan el concepto y las excepciones del secreto profesional médico. Luego del estudio de la misma determinó que la norma demandada estaba acorde con la Carta Fundamental y su decisión se basó en las siguientes consideraciones:

“ (...) las revelaciones del médico a su paciente, lejos de significar la violación del secreto profesional, constituyen el cumplimiento del deber mínimo de información al cual está obligado con el objeto de garantizar que de su parte pueda darse un grado adecuado de conocimiento informado. (...)”⁴¹

“ El desvelamiento de la información cubierta bajo el manto del secreto profesional a los familiares del paciente, en caso de que ello sea útil para el tratamiento, sólo puede juzgarse correctamente si se distinguen varios supuestos:

Si el estado mental del paciente le permite ser consciente de las implicaciones que acarrea la divulgación de la información, hacer caso omiso de su consentimiento, lesiona su autonomía y viola el deber de sigilo que debe mantener el médico. No obstante que el descubrimiento de la reserva a los familiares, pueda resultar útil para los fines del tratamiento, el paciente que, bien puede rehusar por entero el tratamiento del mal que lo aqueja, con mayor razón podrá negarse a una modalidad del mismo que comporte el conocimiento o la intervención de sus parientes próximos(...)”⁴²

“ Cuando no es posible o factible obtener el consentimiento del paciente-estado mental anormal, inconsciencia o minoridad-, la revelación a los familiares se torna necesaria para proteger la salud y la vida del paciente y, en sí misma, no representa un quebranto al secreto profesional, pues

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia 264 de 1996,(Mayo 13) M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

*materialmente los familiares en la relación médico-paciente asumen la representación de este último o agencian sus derechos*⁴³

*“ La entrega de información médica a los responsables del paciente, cuando se trate de menores de edad o de personas totalmente incapaces, no quebranta el secreto profesional médico.” “ (...) El suministro de las informaciones médicas a los susodichos representantes legales, corresponde al cumplimiento del deber del médico de procurar un consentimiento ilustrado y no puede, por ende, considerarse en modo alguno violación al secreto profesional. De otro lado, las personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, como es el caso del menor y del incapaz enfermos, reclaman de la sociedad y de sus parientes próximos el mayor cuidado, y éste no puede darse si sus representantes legales no reciben información de parte del médico tratante. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio del derecho del menor, de acuerdo con su grado de madurez y del "impacto del tratamiento" sobre su autonomía actual y futura, para decidir sobre la práctica de un determinado tratamiento y, al mismo tiempo, sobre la reserva de ciertos datos de su intimidad(...)*⁴⁴

*“ (...) siempre que la prueba o la diligencia en la que interviene un médico, hubieren sido válidamente ordenadas por un Juez o autoridad competente dentro de un proceso o actuación pública, la presentación del peritazgo o dictamen en cuanto corresponde al cumplimiento de un encargo legal, no puede considerarse violatorio del deber de sigilo.(...)”*⁴⁵

*“ Si se trata de un informe sanitario o epidemiológico, según lo exijan las circunstancias, no será posible, a riesgo de violar el secreto medico, que se individualice al paciente.(...)” “ (...) la única forma de no violar el secreto médico, en este contexto, es el de reportar la novedad, sin aludir al dato particularizado.”*⁴⁶

⁴² *Ibidem*

⁴³ *Ibidem*

⁴⁴ *Ibidem*

⁴⁵ *Ibidem*

⁴⁶ *Ibidem*

“ La apertura del secreto a los interesados, "cuando por defectos físicos irremediables, enfermedades graves, infecto-contagiosas o hereditarias, se pongan en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia", indica que el Legislador ha resuelto el conflicto entre la vida y la inviolabilidad del secreto, optando por la primera(...)"⁴⁷

“ Con base en las consideraciones hechas, la Corte declarará la exequibilidad del literal e de la Ley 23 de 1981, bajo el entendido de que la situación a la que se alude objetivamente corresponda a un peligro cierto e inminente y que no exista un medio idóneo distinto para conjurarlo.”⁴⁸

A partir de lo anterior, se puede determinar que no habrá violación al secreto profesional cuando la vida del cónyuge o descendencia del paciente estén en peligro cierto e inminente y no haya modo idóneo distinto para conjurarlo. Es por esta razón, que el legislador resolvió el conflicto dando primacía a la vida y desplazando el valor de la confianza y la inviolabilidad al secreto profesional.

De otra parte podemos establecer que el titular del derecho al secreto profesional es el paciente y las revelaciones que el médico le hace no constituyen violación al secreto médico. Para que lo anterior, se pueda configurar, es necesario que el paciente manifieste su consentimiento de manera idónea, es decir, aceptando o rehusando la acción médica luego de haber recibido la información que el médico ha debido dar con suficiente prudencia.

En nuestro concepto consideramos importante resaltar que no habrá violación al secreto profesional en los siguientes eventos:

- Cuando el paciente se encuentre en condiciones aptas para tomar la decisión de autorizar el develamiento de éste a sus familiares. Todo esto

⁴⁷ Ibídem

⁴⁸ Ibídem

en virtud del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad consagrado en la Constitución Política de Colombia.

- Cuando el paciente se encuentre en estado mental anormal, inconsciente o en un estado de minoridad mental, la revelación del secreto profesional a los familiares es necesaria para proteger la salud y la vida de éste. Es así, como los familiares asumen la representación y agencian los derechos del paciente.

Es necesario resaltar, que con la configuración de la representación legal, no se quebranta el secreto profesional, por cuanto es función primordial de los representantes legales expresar el consentimiento en nombre de sus representados. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que tal representación debe hacerse sin perjuicio del derecho del menor quien dependiendo del impacto del tratamiento y de su grado de madurez podrá dar su consentimiento de acuerdo a su autonomía actual y futura.

Se puede inferir, que no habrá violación al secreto profesional cuando la presentación de un peritazgo o dictamen médico dentro de una actuación procesal haya sido ordenado válidamente por autoridad competente, pues en este caso el médico se encuentra en cumplimiento de un encargo legal. De otra parte, los informes sanitarios o epidemiológicos que emita el médico no podrán hacerse de manera particular individualizando al paciente por cuanto podría acarrear una discriminación al sujeto que padece la epidemia.

En conclusión dicha Jurisprudencia Sentencia C-264/96 (Junio 13), M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz establece que:

“ El secreto profesional, garantizado por la Constitución, asegura la espontaneidad y el ejercicio concreto de la libertad íntima que compromete la parte más centrípeta del yo individual, lo que se traduce en sancionar las revelaciones externas que frustran las experiencias puramente subjetivas que,

por ser tales, deben permanecer ocultas.(...)”⁴⁹

“ La estructura del secreto ofrece un cuadro en el que se destaca una persona que confía a un determinado profesional una información que no puede trascender por fuera de esa relación o que le permite conocer e inspeccionar su cuerpo, su mente o sus sentimientos más recónditos, todo lo cual se hace en razón de la función social que desempeña el profesional y a través de la cual se satisfacen variadas necesidades individuales (...)”⁵⁰

Sin perjuicio de lo anterior, encontramos que en la Sentencia C-411 de 1993. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz, la Honorable Corte Constitucional expresó otra postura en relación con el secreto profesional y en alguna medida contradice el fallo analizado, ya que consideró lo siguiente:

“ No puede el Legislador señalar bajo qué condiciones puede legítimamente violarse el secreto profesional”⁵¹

En nuestro criterio la posición adoptada en el fallo referido no es viable por cuanto existen circunstancias extremas en las cuales el médico debe revelar datos e información que se encuentra revestida de secreto para no poner en peligro el valor fundante del Estado como lo es el derecho a la vida y en ese sentido la ley, de manera sabia, ha precavido dichas situaciones para evitar de una parte, que el profesional de la medicina se encuentre incurso en un proceso ético disciplinario a causa de revelar alguna información y de otra para salvaguardar , en ciertos casos la vida y en otros, el interés general.

Como conclusión al tema desarrollado y teniendo en cuenta los lineamientos jurisprudenciales planteados por la Corte Constitucional a lo largo de los fallos relacionados, hemos podido determinar que la ética médica es el pilar del cual se desprenden situaciones concretas dentro de las funciones que los

⁴⁹ *Ibíd*em

⁵⁰ *Ibíd*em

⁵¹ Corte Constitucional Sentencia C-411/93 (Junio11), M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz

profesionales de la medicina ejercen diariamente. Es así, como el secreto profesional se constituye en un deber legal del médico en aras de proteger la relación médico-paciente. Adicionalmente, dicho deber se encuentra consagrado en la Constitución, garantizando el ejercicio de la libertad íntima de cada persona y evitando que las revelaciones externas sean conocidas por terceras personas a las cuales no les concierne tener acceso a la información exteriorizada. No obstante, existen situaciones extremas en las que la revelación del secreto profesional se hace necesaria en virtud del bienestar general y en ocasiones el del mismo paciente, lo que significa que el secreto profesional no es un deber absoluto sino un deber relativo ya que con el acaecimiento de ciertas situaciones definidas expresamente por la ley se puede dar lugar a su develamiento sin perjuicio de la inviolabilidad del mismo.

4. Proceso Ético – Disciplinario

4.1 Importancia del Tribunal Nacional de Ética Médica

El Tribunal de Ética Médica, como autoridad máxima de vigilancia y control de la profesión de la medicina, está en la obligación de garantizar la protección de la vida y la dignidad humana cuando éstas se puedan ver afectadas por la conducta activa u omisiva de un profesional de la medicina ya que los pacientes les entregan su confianza, a personas que se supone tiene todos los conocimientos académicos para la preservación de la salud y la vida misma. Igualmente, ésta obligación se desprende de la misma Carta Fundamental, debido a que es en ella donde están recogidos todos los principios y derechos relativos a la persona humana y que de ninguna manera podrán ser violados o vulnerados.

En nuestro criterio, la creación de Tribunal Nacional de Ética Médica, surge de la necesidad que tienen todas las personas que se ven afectadas por esta profesión de dirimir sus controversias. Es por este motivo que dicho ente especializado ha sido concebido legalmente y tiene como competencia restrictiva la de velar por el cumplimiento de las normas éticas que los

profesionales de la medicina han jurado cumplir durante el tiempo que desempeñen sus funciones.

Sin embargo, las normas que establecen tanto los principios éticos como el proceso ético disciplinario, en ocasiones son cuestionadas y es por eso que la Honorable Corte Constitucional debe analizar si éstas se encuentran acorde con la Constitución Política.

4.2. Análisis Jurisprudencial sobre el Debido Proceso en las Investigaciones Ético – Disciplinarias

Los Tribunales de Ética Médica, tienen la función de ejercer un control disciplinario desde el centro de la misma profesión sobre las conductas de los profesionales de la medicina, con miras a salvaguardar el adecuado manejo de las relaciones entre aquéllos y sus pacientes, sus colegas, la sociedad y el Estado, en donde si responden a principios de moralidad y ética y a los mandatos de la ley, repercuten en beneficio de la colectividad. Es por lo anterior que dichos Tribunales están llamados a dirimir las controversias que se suscitan alrededor de la actividad médica y en esa medida, los médicos responden disciplinariamente de acuerdo a las disposiciones de la Ley 23 de 1981⁵², en los denominados procesos ético – disciplinarios.

En Sentencia C-259/95 (Junio 15), M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara, la Corte Constitucional se pronunció respecto de la constitucionalidad de los artículos 74,75 76, 77, 78, 79, 80, 81 y 82 de la Ley 23 de 1981 "por la cual se dictan normas en materia de ética médica."⁵³

⁵² Congreso de la República. Ley 23 de 1983 (Febrero 18). Diario Oficial No. 35.711

⁵³ARTICULO 74.- El proceso disciplinario ético-profesional será instaurado:

De oficio, cuando por conocimiento de cualesquiera de los miembros del Tribunal se consideren violadas las normas de la presente ley;

Por solicitud de una entidad pública o privada o de cualquier persona.

En todo caso deberá presentarse, por lo menos, una prueba sumaria del acto que se considere reñido con la Ética Médica.

ARTICULO 75.- Una vez aceptada la denuncia, el Presidente del Tribunal designará a uno de sus miembros para que se instruya el proceso disciplinario y presente sus conclusiones dentro de un término no superior a quince días hábiles.

Uno de los problemas jurídicos planteados por la Honorable Corte Constitucional fue el de determinar si dentro de los procesos disciplinarios tramitados ante el Tribunal de Ética Médica se cumplen las garantías y los principios del debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución. Al respecto la Corporación manifestó:

“ (...) dentro de dicho régimen se encuentra comprendida la facultad que tiene el profesional acusado para presentar pruebas y solicitar la práctica de las mismas en el respectivo proceso disciplinario en su contra, a fin de desvirtuar los cargos formulados y demostrar su inocencia, pues es entendido que, como

ARTICULO 76.- Si en concepto del Presidente del Tribunal o del profesional instructor, el contenido de la denuncia permite establecer la presunción de violación de normas de carácter penal, civil o administrativo, simultáneamente con la instrucción del proceso disciplinario, los hechos se pondrán en conocimiento de la autoridad competente.

ARTICULO 77.- En todos los casos en que el profesional instructor o el profesional acusado lo consideren indispensable o conveniente, podrán asesorarse de abogados titulados.

ARTICULO 78.- Cuando la naturaleza del asunto así lo exija, el instructor podrá solicitar al Tribunal la ampliación del término señalado para presentar el informe de conclusiones. En tales casos la prórroga que se conceda no podrá exceder de quince días hábiles.

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

ARTICULO 80.- Estudiado y evaluado por el Tribunal el informe de conclusiones, se tomará cualquiera de las siguientes decisiones:

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

Parágrafo. La diligencia de descargos no podrá adelantarse antes de los diez días hábiles, ni después de los veinte, contados a partir de la fecha de recibo de la comunicación en la cual se señalan los cargos, salvo en los casos de fuerza mayor.

ARTICULO 81. Practicada la diligencia de descargos, el Tribunal podrá solicitar la ampliación del informativo, fijando para ella un término no superior a quince días hábiles, o pronunciarse de fondo dentro del mismo término, en sesión distinta a la realizada para escuchar los descargos.

Parágrafo. En los casos de ampliación del informativo como consecuencia de la diligencia de descargos, la decisión de fondo deberá tomarse dentro de los quince días hábiles siguientes al plazo concedido para la práctica de dicha diligencia.

ARTICULO 82.- En lo no previsto en la presente Ley, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.(...)"

*lo ha expresado esta Corporación, la observancia del debido proceso como el disciplinario requiere de la facultad y oportunidad del acusado para conocer los cargos formulados, rendir los correspondientes descargos, y presentar o solicitar la práctica de pruebas que considere pertinentes y sean conducentes para desvirtuar los cargos, todo ello con anterioridad al pronunciamiento respectivo que ponga fin al proceso ético profesional. Las normas demandadas no riñen con el cumplimiento de las exigencias procesales mencionadas, y por ello habrá de declararlas exequibles por encontrarlas ajustadas a los preceptos constitucionales, sin que haya lugar a que prospere el primer cargo formulado.*⁵⁴

Por lo anterior, podemos inferir que la argumentación de la Corte para declarar la exequibilidad de los artículos demandados, se fundamenta básicamente en el artículo 29 de la Carta que otorga la garantía a todo procesado de solicitar y aportar pruebas en los procesos sin importar su naturaleza. En esa medida, es claro que todos los profesionales de la medicina que se encuentren incurso en un proceso disciplinario gozarán de dicha garantía a pesar de que la norma demandada no la establezca expresamente.

Otro de los problemas jurídicos planteados en la Sentencia C-259-95, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara⁵⁵ fue el de determinar si hay violación al *principio del non bis in ídem* al tramitarse simultáneamente un proceso penal y un proceso disciplinario en contra de un profesional de la medicina. Al respecto la Honorable Corte Constitucional expresó:

*“(...)dicho principio no se quebranta cuando se trata de hechos que implican la confrontación de normas de contenido y alcance diferente, cuyo conocimiento corresponde a dos jurisdicciones distintas.”*⁵⁶

⁵⁴ Corte Constitucional Sentencia C-259/95, Junio 15, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara

⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencia 259/95 Junio 15. M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara

⁵⁶ *Ibíd*em

*“ (...) nada impide que de la falta disciplinaria en que eventualmente incurra un profesional de la medicina por sus actos u omisiones en ejercicio de su actividad profesional, que acarrea las sanciones correspondientes a la violación al régimen disciplinario ético médico, pueda así mismo, al quebrantar los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de Colombia y en especial el de la vida, la integridad física, la salud, la dignidad, la seguridad social, etc., ser responsable penal, civil o administrativamente, de hechos u omisiones que infrinjan los respectivos estatutos, que lo hacen acreedor de las sanciones correspondientes, diferentes a la disciplinaria.”*⁵⁷

*“ De ahí que, de la misma manera, bien puede ocurrir que como el interés que se protege es de naturaleza diferente en cada una de las jurisdicciones, en este caso bien puede suceder igualmente que frente a hechos susceptibles del conocimiento respectivo, el juez penal absuelva y el disciplinario condene sin que haya lugar al quebrantamiento del principio constitucional del non bis in ídem.”*⁵⁸

De lo expuesto por la Corporación, podemos establecer que el *Principio del non bis in ídem* no se encuentra vulnerado al tramitarse un proceso penal simultáneamente a uno disciplinario por cuanto, en este caso, la conducta ejercida por un médico puede generar violación tanto de la normatividad penal como de la disciplinaria y por ende debe ser conocida por cada jurisdicción competente sin perjuicio a la vulneración del principio mencionado. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que la naturaleza de ambas normatividades tienen autonomía jurídica propia y en esa medida los procesos serán independientes dando lugar al establecimiento de sanciones distintas que en ocasiones podrán coincidir y en otras disentir.

Hay que resaltar que la decisión de declarar EXEQUIBLES las normas demandadas no fue unánime dando lugar a dos situaciones: De una parte, el

⁵⁷ *Ibíd*em

⁵⁸ *Ibíd*em

Magistrado Dr. José Gregorio Hernández Galindo aclaró su voto y de la otra, el Magistrado Dr. Carlos Gaviria Díaz salvó su voto.

Respecto de la aclaración de voto formulada por el Magistrado Dr. José Gregorio Hernández Galindo, podemos determinar que su inconformidad frente al fallo planteado por la Corporación se centró en los siguientes problemas jurídicos que planteó, a saber:

Determinar si la Ley 23 de 1981 establece las conductas que pueden ser sancionables dentro de un proceso ético- profesional.

En cuanto al primer problema jurídico mencionado, el Magistrado Dr. José Gregorio Hernández Galindo manifestó:

“ El artículo 29 de la Constitución dispone, como una de las garantías esenciales al debido proceso, que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa. Es decir, no puede haber en Colombia penas o sanciones que no hayan sido determinadas con antelación y de manera expresa por el legislador.”⁵⁹

La ley 23 de 1981, “ (...)no dedica normas a la enunciación clara y completa de las faltas disciplinarias o contra la ética, que puedan ser objeto de sanción. Simplemente se da lugar al proceso disciplinario ético-profesional "cuando se consideren violadas las normas de la presente Ley" (Artículo 74, literal a). Subrayo).”⁶⁰

De lo anterior, podemos deducir que la misma Constitución en el artículo 29, el cual se refiere al debido proceso, dispone el Principio de Legalidad como uno de los pilares que se deben tener en cuenta en el momento de la aplicación de una sanción; pues la conducta debe estar tipificada previamente. De esta manera la Ley 23 de 1981 debió establecer las conductas sancionables para evitar una violación al principio mencionado.

⁵⁹ Ibídem

⁶⁰ Ibídem

El segundo problema jurídico esbozado durante la aclaración de voto, se centró en determinar si un grupo de colegas puede resolver que un profesional de la medicina ha obrado de manera contraria a la ética. Al respecto, el Magistrado Dr. José Gregorio Hernández Galindo expuso lo siguiente:

“ La resolución sobre si un médico obró de manera contraria a la ética no puede quedar librada a la determinación subjetiva de un grupo de sus colegas. Debe provenir de un cotejo entre su conducta y las normas legales que estaba obligado a observar.”⁶¹

De lo anterior, podemos inferir que las conductas realizadas por un médico que son tildadas como contrarias a la ética no pueden ser objeto de discusión por parte de los colegas, sino que debe hacerse mediante un cotejo de las normas legales que deben ser cumplidas por el profesional de la medicina con relación a su comportamiento.

De otra parte, el Magistrado Dr. Carlos Gaviria Díaz, salvó su voto estableciendo si era posible determinar si la administración de justicia efectuada por el Tribunal de Ética Médica tiene fundamento constitucional, como problema jurídico. Al respecto expuso lo siguiente:

“ (...) en virtud del principio de colaboración armónica entre las ramas del poder, la administración puede "excepcionalmente" producir actos materialmente judiciales. Pero los particulares sólo pueden fungir de administradores de justicia en la condición de conciliadores o de árbitros, y en ninguna de esas condiciones actúan las personas que integran los tribunales de ética profesional.”⁶²

De lo anterior, podemos concluir que los particulares podrán administrar justicia excepcionalmente cuando estén actuando como conciliadores o árbitros. Es por esto, que el Magistrado pone en tela de juicio las funciones jurisdiccionales que realizan los integrantes del Tribunal de Ética Médica por cuanto estos

⁶¹ Ibídem

tienen el carácter de particulares y en esa medida su competencia estaría restringida a ejercer funciones referentes a la conciliación y al arbitramento y no a la administración de justicia. De otra parte, consideró pertinente resaltar que dicho Tribunal carece de fundamento constitucional, ya que quienes lo integran elaboran un acto jurisdiccional de carácter material.

De la sentencia C-259/95 (Junio 15) M.P. Dr Hernando Herrera Vergara, podemos establecer que es claro que la Carta Fundamental garantiza el derecho al debido proceso a todas las personas que se encuentran incurso en actuaciones judiciales y administrativas. De lo anterior se desprende que, en el caso concreto, el proceso ético profesional lleva implícita dicha garantía y en esa medida no se puede argüir la violación al mismo como el actor lo quiso afirmar. El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia⁶³ hace referencia a todos los elementos que debe tener un proceso sin importar su naturaleza y de él se puede establecer la facultad que tiene todo procesado de solicitar y aportar pruebas al mismo, por lo anterior, se puede afirmar, que aunque la norma demandada (Ley 23 de 1981) no establece expresamente el término para llevar a cabo dicha actuación, el principio mencionado entra a regular tal situación sin que haya lugar a la violación del mismo.

Adicionalmente, el accionante señala que el artículo 76 de la norma acusada (Ley 23 de 1981) vulnera el *principio del non bis in ídem* por cuanto faculta al Tribunal de Ética Médica y a las autoridades penales para iniciar de una parte, un proceso disciplinario y de la otra, uno penal en contra del profesional de la medicina sobre una misma actuación. La anterior afirmación fue desvirtuada por la Corte Constitucional en su totalidad y en nuestro concepto los argumentos esgrimidos aclaran de manera expresa el principio supuestamente vulnerado, en la medida en que es posible tramitar simultáneamente un proceso disciplinario y uno penal por cuanto la conducta ejercida por un profesional de la medicina puede violar normas de ambos regímenes sin detrimento de que las jurisdicciones de las autoridades competentes para

⁶² *Ibíd*em

dirimir cada caso puedan hacerlo en virtud de la autonomía jurídica propia. Es así, como es posible entonces que las conductas de los médicos puedan ser juzgadas por ambas autoridades en aras de proteger sus normatividades sin perjuicio de vulnerar el *principio del non bis in ídem*.

En cuanto al cuestionamiento efectuado por el Magistrado Dr. José Gregorio Hernández Galindo sobre la inexistencia de la descripción de las conductas sancionables en la Ley 23 de 1981, consideramos que efectivamente dicha normatividad carece de la tipificación expresa de tales faltas disciplinarias o contra la ética, vulnerando así el principio de legalidad consagrado constitucionalmente en el artículo 29 de la Carta Fundamental, el cual establece que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”⁶⁴. De esta manera, podemos afirmar la necesidad de que sean las mismas normas las que desarrollen las conductas sancionables por la autoridad competente, para así evitar la violación al principio mencionado.

De otra parte, la aclaración de voto también hace referencia a si un grupo de colegas puede resolver que un profesional de la medicina ha obrado de manera contraria a la ética, en ese sentido el Magistrado citado, expresó que la resolución de este caso debe hacerse mediante un cotejo de las normas legales que deben ser cumplidas por el profesional de la medicina con relación a su comportamiento, pero en nuestro criterio no dejó claramente definido quien es la persona idónea y facultada por la ley para efectuar dicho cotejo.

Dentro del Salvamento de Voto efectuado, el Magistrado Carlos Gaviria Díaz, deja en entredicho la función de administrar justicia del Tribunal de Ética Médica considerando que el artículo 116 de la Carta Fundamental establece: *“La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales, y los Jueces, administran justicia. También lo hace la justicia penal*

⁶³ Olano García, Hernán. Constitución Política de Colombia. Editorial Doctrina y Ley Ltda. Pág. 184

*militar. El congreso ejercerá determinadas funciones judiciales. Excepcionalmente, la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos. Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.*⁶⁵

Es así, como podemos deducir que únicamente los particulares que sean revestidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o de árbitros, podrán emitir fallos en derecho o en equidad de acuerdo a los parámetros establecidos por la ley. En esa medida, no existe fundamento constitucional que otorgue dicha facultad al Tribunal de Ética Médica. No obstante, la función principal del Tribunal Nacional de Ética Médica, es precisamente la administración de justicia dentro de su colegiatura, pero sus miembros no están investidos de la calidad de conciliadores o de árbitros y por lo tanto estarían fuera de los límites establecidos por el artículo mencionado al llevar a cabo actuaciones de orden judicial y aplicando sanciones a quienes infrinjan las normas de su competencia (Ley 23 de 1981).

De otra parte, es importante resaltar que la Sentencia T-151/96 (Abril 17) M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo⁶⁶, versó sobre otro punto referente al proceso ético Disciplinario referente a las faltas disciplinarias.

El análisis se centró en la siguiente situación fáctica:

El señor Guillermo Rojas Ramos, padecía de una enfermedad coronaria, siendo atendido por el médico Carlos Acuña, quien le formuló un tratamiento consistente en una serie de inyecciones y unas cápsulas nutritivas que le garantizaban una recuperación del 90%. El paciente se encontraba inconforme con el tratamiento y manifestó a su médico que lo dejaría. Posteriormente, el paciente formuló reclamación ante el Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca expresando que el facultativo se negó a dar el nombre de la

⁶⁴ Olano García, Hernán. Constitución Política de Colombia. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.. Pág 184.

⁶⁵ Olano García, Hernán. Constitución Política de Colombia. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.. Pág 323.

⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-151/96 (Abril 17) M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

droga que le formulaba por cuanto se trataba de un secreto profesional y se encontró que las cápsulas suministradas no tenían nombre ni registro en el Ministerio de Salud. La Sala Plena del Tribunal resolvió que el Doctor Carlos Acuña debía ser absuelto por los cargos que se le formulaban pero no aceptó los descargos del galeno en lo referente al obligatorio empleo de los medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas y la necesidad de que las prescripciones médicas se hagan por escrito y de conformidad con las normas vigentes sobre la materia, declarando que existía mérito para aplicar la sanción de que trata el literal d del artículo 83 de la Ley 23 de 1981, referente a la suspensión en el ejercicio de la medicina hasta por cinco años, y dió traslado al Tribunal Nacional de Ética Médica para que decidiera sobre el caso dada la gravedad de la sanción.

El Tribunal Nacional de Ética Médica le impuso suspensión provisional de cuatro años en el ejercicio profesional, por lo cual el sancionado ejerció la Acción de Tutela contra el Tribunal y contra el Ministerio de Salud por cuanto había confirmado la sanción tasándola en tres años, por cuanto consideró que las providencias emanadas de esos organismos violaban su derecho al debido proceso⁶⁷, al trabajo⁶⁸, a la igualdad⁶⁹, entre otros. Solicitó que fueran revocadas tales providencias y subsidiariamente, que se suspendiera el fallo proferido por el Tribunal para que cesara el perjuicio irremediable causado con la decisión.

El Juzgado 65 Municipal de Bogotá falló negando la protección solicitada por cuanto no se había agotado aún la jurisdicción de lo contencioso administrativo y estableció que el trámite surtido había cumplido con todos los requisitos, por lo cual no habían sido vulnerados los derechos fundamentales del accionante. De manera posterior, el Juzgado Penal del Circuito confirmó íntegramente la sentencia impugnada.

⁶⁷ Olano García, Hernán. Constitución Política de Colombia. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Pág. 184 Artículo 29

⁶⁸ Olano García, Hernán. Constitución Política de Colombia. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Pág. 177 Artículo 25

⁶⁹ Olano García, Hernán. Constitución Política de Colombia. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Pág. 150 Artículo 13

Finalmente, la Corte Constitucional también confirma las sentencias materia de revisión, fundamentando su resolución en el problema jurídico consistente en determinar si la formulación de medicamentos o tratamientos de manera desordenada o descoordinada por parte del médico constituye falta disciplinaria, a lo cual la Corporación manifestó lo siguiente:

“ (...) constituye falta del médico a su deber frente al paciente toda conducta consistente en formularle medicamentos o tratamientos de manera desordenada o descoordinada, sin llevar el registro de lo recetado u omitiendo dejar, para el paciente y para su historia clínica, la precisa constancia de lo actuado durante el tiempo en que le presta sus servicios. De allí que, como lo establece el artículo 33 de la Ley 23 de 1981, sea obligatoria para todos los profesionales de la salud la exigencia de que, cuando formulen o prescriban la aplicación de drogas, lo hagan por escrito.”⁷⁰

De lo anterior podemos afirmar que efectivamente la conducta del profesional de la medicina encaminada a la formulación de medicamentos y tratamientos en forma desordenada y descoordinada constituye falta a la ética profesional. De esta manera, la aplicación de las medicinas y los tratamientos debe hacerse con la suficiente información al paciente respecto a las dosis, precauciones, contraindicaciones etc, teniendo en cuenta la relación de confianza que debe existir entre ambos sujetos. La función que ejerce el médico, es de carácter público por cuanto tiene a su cuidado la salud de los seres humanos y por lo tanto es necesario garantizar la confianza psicológica del paciente en su médico y viceversa, para crear un clima de transparencia y lealtad que permita lograr el objetivo común de manera eficaz.

Para que la anterior afirmación se constituya, es necesario que el profesional médico deje constancia escrita de las actuaciones médicas que lleve a cabo con el paciente, pues la misma Ley 23 de 1981 en el artículo 33 establece tal

⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-151/96 Abril 17. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo

exigencia, a fin de evitar futuras controversias que le generen un proceso ético – disciplinario.

El paciente, como sujeto pasivo de la relación entablada con el médico, tiene derecho a conocer en su totalidad el tratamiento que se le va a brindar con todos sus efectos, con el fin de que pueda dar su consentimiento informado de acuerdo a todas las explicaciones suministradas por el profesional médico. Lo anterior, con el fin de evitar un grave peligro a los derechos fundamentales del enfermo, debido al estado de indefensión en el que se encuentra.

Finalmente y de acuerdo a los planteamientos esgrimidos, se puede concluir que la decisión tomada por la Corporación fue acertada, por cuanto al confirmar las sentencias materia de revisión se defiende y protege el derecho del paciente a ser informado veraz y claramente de los tratamientos médicos que se le formulan a fin de evitar la constitución de falta disciplinaria al médico con un consiguiente proceso ético–disciplinario.

5. Relación Médico-Paciente-E.P.S.

5.1. Relación entre la normatividad vigente y la Constitución Política de Colombia:

La Ley 100 de 1993⁷¹, ha sido promulgada por el legislador con el fin de crear un régimen de seguridad social tendiente a garantizar la calidad de vida de las personas, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para promocionar la cobertura integral de las contingencias. Los objetivos del Sistema de Seguridad Social en salud, son regular el servicio público esencial en salud y crear condiciones de acceso a todas las personas. El servicio público de la salud, además de fundamentarse en los principios constitucionales consagrados en la Carta Fundamental⁷², se

⁷¹ Congreso de la República. Ley 100 de 1993 (Diciembre 23).

⁷² Olano García, Hernán. Constitución Política de Colombia. Ediciones Doctrina y Ley. Pág. 225. Artículo 48

basa en los principios de equidad, obligatoriedad, calidad, protección integral, autonomía institucional y descentralización administrativa, entre otras.

La Seguridad Social dejó de ser un sistema abstracto, para convertirse en un derecho concreto, con una concepción amplia, precedida de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad⁷³. Es por este motivo, que el Estado está en la obligación de garantizar el servicio público de la salud y para lograrlo ha tenido que descentralizar sus funciones en las empresas promotoras de salud (E.P.S.). Estas entidades según el Artículo 177 de la Ley 100 de 1993, “(...)son las responsables de la afiliación y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía (...)”⁷⁴, de la administración de recursos y de la contratación de los servicios para que se brinde el Plan Obligatorio de Salud (POS) a sus afiliados. Las E.P.S., podrán prestar servicios directos a sus afiliados por medio de sus propias Instituciones Prestadoras de Salud (I.P.S.), o contratar con instituciones prestadoras y profesionales independientes o con grupos de práctica profesional, pudiendo adoptar modalidades de contratación y ofrecer a sus afiliados varias alternativas de instituciones prestadoras de salud. Su función esencial, consiste en organizar y garantizar directa o indirectamente, la prestación del POS a los afiliados.

Los afiliados a una E.P.S. no contratan la prestación de los servicios de salud con el galeno en forma particular, sino con la misma institución, quien es la obligada a cubrir las asignaciones u honorarios por concepto de la labor realizada, sin que exista por consiguiente una vinculación directa entre el médico y el paciente para los efectos de la remuneración de aquél.

5.2. Análisis Jurisprudencial sobre la Relación Médico-Paciente- E.P.S

Al respecto la H. Corte Constitucional en Sentencia C-106/97 () M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara se centro en el estudio de la Constitucionalidad del numeral 7o (parcial) del artículo 1o de la Ley 23 de 1981 que se refiere a la

⁷³ Congreso de la República. Ley 100 de 1993. Artículo 2

remuneración a la cual tiene derecho el médico por su trabajo. Esta normatividad consagra lo siguiente:

Artículo 1: “ La siguiente declaración de principios constituye el fundamento para el desarrollo de las normas sobre ética Médica:

(...)

7º. El médico tiene derecho a recibir remuneración por su trabajo, la cual constituye su medio normal de subsistencia. Es entendido que el trabajo o servicio del médico solo lo beneficiará a él y a quien lo reciba. Nunca a terceras personas que pretendan explotarlo comercial o políticamente”⁷⁵

El accionante en su demanda considera que dicha norma es violatoria del artículo 48 de la Carta Política⁷⁶ esgrimiendo los siguientes argumentos:

El Código de ética Médica, Ley 23 de 1981, rige desde antes de entrar en vigencia la Constitución Política de 1991, y el sistema de seguridad social fue desarrollado a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, en virtud de la cual se crearon las Entidades Promotoras de Salud (E.P.S.) y las Instituciones Prestadoras de Salud (I.P.S.)

En su concepto quien va a recibir los pagos que hacen los pacientes no son los médicos, sino terceras personas denominadas E.P.S., con lo cual el médico pierde la relación contractual económica directa con el cliente

En ese sentido la Honorable Corte Constitucional dirigió su análisis a determinar si con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se desvirtúa la naturaleza jurídica de la remuneración a la cual tiene derecho el médico en razón de los servicios prestados. Al respecto dispuso lo siguiente:

(...) “ el profesional médico tiene derecho, con base en los preceptos constitucionales -artículos 1,25,53-, a ser remunerado de tal forma que se le

⁷⁴ Ibidem

⁷⁵ Congreso de Colombia. Ley 23 de 1981.

⁷⁶ Olano García, Hernán. Constitución Política de Colombia. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 1997.

Pág.225

reconozca su derecho fundamental a un trabajo en condiciones dignas y justas, y a que su trabajo no sea en ninguna forma explotado por aquellas entidades a quienes se les permite la intermediación de la prestación del servicio de salud y de seguridad social, en los términos consagrados en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política.”⁷⁷

De lo anterior, podemos concluir que la naturaleza jurídica de la remuneración a la cual tiene derecho el médico en razón a la prestación del servicio, emana de la Carta, puesto que ésta constituye el derecho al trabajo en un derecho fundamental y en esa medida la remuneración se concreta en él independientemente del origen de los servicios prestados por los médicos. Adicionalmente, las entidades intermediarias entre la relación médico – paciente, no pueden extralimitarse en las funciones encomendadas por la misma ley (Ley 100 de 1993) ni buscar un provecho económico que vaya en detrimento de los servicios prestados por los profesionales médicos haciendo irrisorio los emolumentos derivados de estos.

De otra parte y para poder efectuar un análisis completo de la constitucionalidad de la norma demandada la H. Corte Constitucional entró a determinar si las entidades promotoras de salud fueron creadas en detrimento de la relación directa que existía entre el médico y el paciente. Al respecto expresó:

(...) “ el nuevo esquema de Seguridad Social consagrado por el artículo 48 constitucional y desarrollado por la Ley 100 de 1993, en virtud de la cual se crearon las Entidades Promotoras de Salud, las Instituciones Prestadoras de Salud y el Plan Obligatorio de Salud, fijando las nuevas condiciones del Sistema de Seguridad Social, persigue, como se ha expresado, la ampliación de la cobertura del servicio de salud a través de la subordinación laboral o mediante contrato de prestación de servicios profesionales de destacados especialistas de la medicina que han contribuido a la eficiencia, universalidad y

⁷⁷ Sentencia C-106/97, M-P- Hernando Herrera Vergara, 6 de marzo de 1997.

solidaridad de la seguridad social en el país.

Por lo tanto, es indudable que el precepto sub-examine se constituye en un principio rector del ejercicio de la actividad médica, indispensable para garantizar la misión del médico dentro del seno de la sociedad, la relación de éste con su paciente, así como la protección frente a actos de terceros ajenos a la relación médico-paciente, que conlleven la explotación comercial o política de dicho servicio. Presupuestos éstos que se encuentran en concordancia con los postulados del Estado social de derecho, la dignidad humana, la defensa y protección de los derechos, así como la prevalencia del bien común.»⁷⁸

Por los motivos esgrimidos anteriormente la Honorable Corte Constitucional decidió declarar EXEQUIBLE la norma sub-exámíne lo cual en nuestro criterio fue una decisión acertada ya que la Carta Política consagra el derecho fundamental al trabajo⁷⁹ y en esa medida la remuneración se constituye como un elemento esencial derivada de la relación laboral o contractual según el caso. Adicionalmente, hay que resaltar que la función de las Entidades Promotoras de Salud es de simple intermediación y regulación al Sistema de Seguridad Social sin desvirtuar los elementos constitutivos de las relaciones laborales o contractuales entre el profesional de la medicina y el paciente pues ellas van a seguir extendiendo y así la remuneración, a pesar de ser indirecta, va a seguir teniendo como causa la prestación de un servicio.

De otra parte, la creación de las denominadas Entidades Promotoras de Salud (E.P.S – Ley 100/93) se efectuó en razón de fijar nuevas condiciones al Sistema de Seguridad Social persiguiendo la ampliación de la cobertura del servicio de salud para concretar los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad, pero su fin no fue el de desvirtuar la relación médico – paciente sino fue la de promover y garantizar el desarrollo de los derechos colectivos o de cuarta generación generando la posibilidad de acceder a ella a quienes no gozaban de dicho beneficio.

⁷⁸ *Ibíd*em

⁷⁹ Olano García, Hernán. Constitución Política de Colombia. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Pág.176. Artículo 25.

Así pues, se evidencia que la subordinación a la cual se deben someter los médicos con respecto a las Entidades Promotoras de Salud, no genera una explotación comercial ni política como el actor trata de afirmar, sino que procura la administración efectiva y equilibrada de los recursos que el Estado destina para la prestación del servicio de salud.

De otra parte, en relación con la remuneración a la cual tienen derecho los profesionales de la medicina por concepto de su trabajo, es preciso citar la Sentencia T-161/98 (Abril 29). M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo⁸⁰ en la cual la H. Corte Constitucional entra a decidir sobre los siguientes supuestos fácticos:

La peticionaria, prestó sus servicios profesionales médicos a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones "CAPRECOM E.P.S.", Regional de Cartagena, desde el 13 de agosto de 1996, inicialmente sin formalidad escrita alguna y después -a partir del 7 de marzo de 1997- por orden de prestación de servicios profesionales emitida por la entidad.

El 7 de junio se dió por terminada la orden de prestación de servicios, sin haberse cancelado a la profesional las respectivas mensualidades.

La peticionaria se encontraba en estado riesgoso de embarazo por lo cual necesitaba con urgencia el dinero que la E.P.S le adeudaba y así poder trasladarse a Bogotá para recibir tratamiento acorde con su estado. La anterior fue una de las razones por las cuales la peticionaria solicitó el pago urgente de los dineros que se le adeudaban sin lograr la agilización en el trámite de pago.

Hasta la fecha de instauración de la tutela (23 de octubre de 1997), la solicitante no había obtenido el pago de sus servicios profesionales.

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cartagena, concedió la tutela de manera transitoria por cuanto pudo haber acudido a la jurisdicción competente para conocer del asunto y además, en virtud del estado en el que se

⁸⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-161/98 (Abril 29). M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo

encontraba la peticionaria. También ordenó a CAPRECOM E.P.S. pagar los honorarios adeudados en un término de 48 horas.

La Corte Constitucional Confirma en todas sus partes el fallo de instancia pero no impartió orden adicional alguna por cuanto según documento que obra en el expediente suministrado por CAPRECOM E.P.S., la actora ya recibió el pago de lo que le adeudaba.

Como bien puede apreciarse la Honorable Corte Constitucional se encontraba frente a un hecho superado, sin embargo esta Corporación Confirmó la decisión de instancia basada en las siguientes consideraciones:

“ Nada justifica el comportamiento negativo, renuente o dilatorio, respecto a las obligaciones en materia laboral y en el campo del reconocimiento y cancelación de los servicios médicos profesionales cuando la entidad contratante es de aquellas que, como las E.P.S. o las empresas de medicina prepagada, reciben aportes permanentes de afiliados y patronos, y en algunos casos del propio Estado, precisamente para que cumplan su función en los aspectos que implica la cobertura de la salud pública, entre los cuales la actividad de los facultativos resulta ser esencial y permanente.”⁸¹

“(…) las entidades clínicas y hospitalarias como las E.P.S. y las empresas de medicina prepagada tienen la obligación de velar por la calidad de los servicios médicos y, por tanto, lo que de ellas se espera es que contraten facultativos generales y especializados del más alto nivel profesional, que brinden seguridad a pacientes, afiliados y usuarios, lo que a su vez exige justa, adecuada y profesional remuneración de aquéllos, acorde con su grado de preparación, especialidad, experiencia, tipo o clase de servicio prestado y características de la enfermedad que tratan.”⁸²

Como conclusión de lo expuesto por la Honorable Corte Constitucional en nuestro criterio consideramos que lo que la Corporación pretendió destacar

⁸¹ Corte Constitucional. Sentencia T-161/98 (Abril 29). M.P. Dr. José Gregorio Hernandez Galindo

⁸² Ibídem

dentro del mencionado fallo es que son las E.P.S. las encargadas de remunerar de manera justa y digna a quienes prestan sus servicios. El pago de estos emolumentos debe hacerse de manera oportuna y se debe recompensar el esfuerzo realizado en contraprestación a la labor ejercida por el galeno. Esta remuneración debe ser mínima, vital y móvil, lo cual significa que el patrono se obliga a cancelar periódicamente el pago del salario acordado.

Así mismo, el Estado Social de Derecho protege de manera especial a la mujer trabajadora, particularmente si es cabeza de familia y con más razón si se encuentra en estado de embarazo riesgoso, con consiguientes peligros para su vida y del que está por nacer. Al respecto, la Constitución Política en su artículo 43 establece: *“La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado (...).”*⁸³ De esta manera confirma el fallo de instancia y dispone que la situación amerita un examen más riguroso en el estrado judicial acerca de la conducta de los patronos o contratantes de sus servicios por cuanto estos incurrieron en violación de la Carta Fundamental ignorando los derechos laborales de la afectada y generando violación a los postulados del Estado Social de Derecho y a la efectividad de las garantías constitucionales plasmadas en defensa del sector femenino de la población

De todo lo anteriormente expuesto se puede concluir que la Corte Constitucional ha efectuado un análisis sobre el tema de la ética Médica y tal como se pudo evidenciar a lo largo de este trabajo, la normatividad que reglamenta el tema se encuentra acorde con la Carta Fundamental. De otra parte, cabe resaltar que dicha Corporación en sus fallos ha protegido los derechos fundamentales cuando éstos han sido violados y ha garantizado esencialmente la Dignidad Humana el cual se constituye como principio fundante de nuestro Estado Social de Derecho .

⁸³ Olano García, Hernán. Constitución Política de Colombia. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá 1997. Pág. 219

CONCLUSIONES

La Carta Política de 1991, fue creada por el Constituyente con el fin de conformar un Estado mucho más justo, el cual propendiera por el bienestar de todas y cada una de las personas que habitan en el territorio colombiano. Es por lo anterior, que el artículo primero de la misma constituye entonces a Colombia como un Estado Social de Derecho, y en ese sentido, de acuerdo a la teoría constitucional, un Estado con tales características debe procurar atender el principio de legalidad, consagrar principio y derechos de carácter fundamental y mecanismos de participación mediante los cuales puedan ser protegidos. La Ley Fundamental que nos rige ahora, tiene una característica que reviste gran importancia y es que es de carácter garantista y en esa medida, se promueven como fines esenciales del Estado la protección en primera medida de los derechos que a todas las personas por el hecho de serlo nos asisten.

El Estado en cumplimiento de los principios constitucionales de la igualdad material y desarrollando los pilares en los cuales se fundamenta, está en la obligación de promover y garantizar de manera eficiente, la vida, y en esa medida, creó el servicio público de la salud, para propender por la protección de éste. El nuevo Sistema de Seguridad Social en salud, persigue la ampliación de la cobertura del servicio, para que de esta manera se concreten los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad, logrando entonces uno de sus cometidos principales, como lo es el bienestar de la sociedad, que si se propone otorgar la salud como un servicio público, está garantizando así la vida de todas y cada una de las personas que se encuentran a su cuidado. Es por lo anterior, que en últimas esta garantía debe ser dada por el médico, quien es la persona que en desarrollo de la función social que debe realizar, procura siempre que le sea posible la salud y en tal sentido la vida y la dignidad de sus pacientes.

La relación médico – paciente, generalmente se sustenta sobre el derecho fundamental a la libertad, pues se procura proteger de manera especial la

autonomía de la cual goza éste último. Es de esta manera, como la concepción antigua y paternalista de los profesionales de la medicina se ha ido convirtiendo en una relación de igualdad, en donde el paciente tiene la capacidad y el derecho primordial a tomar determinaciones en cuanto a su salud se refiere. Es por todo lo anterior, que la luz que otorga este principio al supuesto fáctico de tal vínculo, se desprende de alguna manera su carácter de absoluto, pero no debe olvidarse que la vida en toda su expresión prima sobre éste principio y es por esta razón que cuando se encuentra en peligro, la autonomía se excluye, dando paso entonces al más importante de los derechos fundamentales, por cuanto es de la vida misma de donde surgen y se desarrollan los demás.

La Dignidad Humana es en verdad, el principio fundante del Estado, que más que derecho en sí mismo es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplados en la Carta Fundamental.⁸⁴ Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, podría decirse entonces que es ésta es el pilar fundamental sobre el cual descansa toda la normatividad y en esa medida se puede concluir que la razón de ser del Estado es la protección de la persona, pues ella es en últimas sobre quien recae todos los fines propuestos por el ente estatal.

Es preciso destacar que la Corporación instituida para proteger y velar por la supremacía del Estatuto Superior, es decir, la Corte Constitucional, se ha pronunciado de manera restrictiva sobre el tema de la ética médica aun cuando su tratamiento se reviste de tanta complejidad. Es así como la jurisprudencia utilizada a través de la investigación se ha visto limitada a temas muy concretos, por cuanto su campo de análisis no puede intrometerse a la valoración científica y académica que los médicos en su condición de tales han efectuado respecto de sus prácticas médicas. Es por lo anterior, que la Corte ha limitado su competencia, para conocer de estos casos, única y exclusivamente para determinar si con ocasión a dichas prácticas se vulneran derechos fundamentales de las personas, a saber, tanto del médico como de los pacientes. De todo lo expuesto, se desprende que en algunos casos ha

⁸⁴ Sentencia C-239 de 1997(Mayo 20) M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz

trasladado el conocimiento de estas controversias al Tribunal Nacional de Ética Médica, por cuanto sus miembros están habilitados académicamente para determinar si se ha incurrido en una falta a la ética y consecuentemente entrar a dirimir el conflicto que se suscita. La herramienta principal que poseen tales tribunales, se concreta en el proceso disciplinario ético – profesional, el cual se encuentra regulado por la Ley 23 de 1981, dando lugar así a un procedimiento especial, en el cual se garantizan todos y cada uno de los presupuestos procesales establecidos en el Debido Proceso, el cual se encuentra dispuesto en la Norma de Normas en su artículo 29.

Adicionalmente, y teniendo en cuenta los lineamientos jurisprudenciales planteados por la Corte Constitucional a lo largo de sus fallos, se ha podido determinar que la ética médica es el pilar del cual se desprenden situaciones concretas dentro de las funciones que los profesionales de la medicina ejercen diariamente. Es así, como el secreto profesional se constituye en un deber legal del médico en aras de proteger la relación médico-paciente. Así mismo, dicho deber se encuentra consagrado en la Constitución, garantizando el ejercicio de la libertad íntima de cada persona y evitando que las revelaciones externas sean conocidas por terceras personas a las cuales no les concierne tener acceso a la información exteriorizada. No obstante, existen situaciones extremas en las que la revelación del secreto profesional se hace necesaria en virtud del bienestar general y en ocasiones el del mismo paciente, lo que significa que el secreto profesional no es un deber absoluto sino un deber relativo ya que con el acaecimiento de ciertas situaciones definidas expresamente por la ley se puede dar lugar a su develamiento sin perjuicio de la inviolabilidad del mismo.

Como ya se ha expuesto de manera reiterada, la autonomía de la cual gozan todos los pacientes, es desarrollo del derecho fundamental a la Libertad. Dicha autonomía, para la toma de las decisiones, debe estar fundada en un consentimiento informado, y es el profesional de la medicina quien está en la obligación de explicar de manera clara y concisa a su paciente las consecuencias o privilegios que se desprendan de un tratamiento determinado.

Una vez el galeno ha cumplido con este deber, el paciente si está en pleno uso de sus facultades mentales, podrá decidir, luego de haber sopesado la beneficencia o maleficencia de los procedimientos médicos propuestos por el profesional, si está dispuesto a someterse a ellos. De esta manera, queda relegada toda actitud de tipo paternalista por parte de los médicos hacia sus pacientes para entrar entonces a un plano de igualdad en el que ninguna de las partes de dicha relación podrá ejercer conductas de tipo autoritarias.

El Estado en su posición de garante, debe propender por la protección de la vida de las personas, mediante la prestación efectiva del servicio público de la salud, pero de ninguna manera debe interferir en la esfera privada e interna de éstas y por lo tanto no debe obligar al enfermo, a tomar una determinación en contra de si propia voluntad.

Corresponde al Estado, la interpretación judicial, procurando siempre la búsqueda de un equilibrio entre intereses generales y particulares, de tal manera que ninguno de los dos sea subsumido o minimizado por el otro.

Finalmente, la ética médica comprende los principios morales y los patrones de la conducta del ser humano, los cuales per se deben tener incorporados de manera intrínseca y suprema el valor fundante de la vida y de la Dignidad Humana, puesto que se constituyen como el presupuesto fundamental para el ejercicio de los demás derechos.

BIBLIOGRAFIA

CÓDIGOS

1. Código Civil. Legis Editores S.A. 2001

DICCIONARIOS

1. Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, Madrid, Editorial ESPASA-Calpe, S.A., 1970.

DOCTRINA EXTRANJERA

1. Rodríguez Luño, A. Ética. Ediciones Universidad de Navarra S.A. Pamplona. 1984.

DOCTRINA NACIONAL

1. Olano García, Hernán Alejandro. "Preguntas y Respuestas de Derecho Constitucional Colombiano y Teoría General del Estado. Colombia. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2002

2. Naranjo Mesa, Vladimiro. "Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Séptima Edición. Editorial Temis 1997

3. Olano García, Hernán. Constitución Política de Colombia. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, 1997

4. Gracia Guillén, Darío Profesión Médica, Investigación y Justicia Sanitaria. Editorial el Búho. Bogotá- Colombia. 1998.

JURISPRUDENCIA

1. Corte Constitucional. Sentencia C-264-96 (Junio 13) M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
2. Corte Constitucional Sentencia C-259-95 (Junio 15) M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.
3. Corte Constitucional Sentencia S.U-337-95 (Mayo 12) M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.
4. Corte Constitucional Sentencia C-106/97 (Marzo 6). M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.
5. Corte Constitucional Sentencia C-116/99 (Febrero 24) M.P. (E) Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez.
6. Corte Constitucional Sentencia T-151/96 (Junio 17) M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.
7. Corte Constitucional Sentencia T-161/98 (Abril 29) M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.
8. Corte Constitucional Sentencia C-280/95 (Junio 29) M.P. Dr. Jorge Arango Mejía.
9. Corte Constitucional Sentencia T-401/94 (Septiembre 12) M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
10. Corte Constitucional Sentencia T-1384/00 (Octubre 12) M.P. (E) Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez.
11. Corte Constitucional. Sentencia C-293/97 (Mayo 20) M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz
12. Corte Constitucional. Sentencia T-029/01 (Enero 19). M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

LEGISLACION NACIONAL

1. Congreso de Colombia. Ley 23 de 1981 (febrero 18). Diario Oficial No. 35.711.
2. Congreso de Colombia. Ley 27 de 1977 (Octubre 26). Diario Oficial No. 30.418

3. Congreso de la República. Ley 100 de 1993 (Diciembre 23). Diario Oficial No. 41.587

PAGINAS WEB

1. www.bibliojuridica.org/libros
2. www.google.com/eticamedica
3. www.google.com/consentimientoinformado
4. www.google.com/autonomiadelpaciente
5. www.encolombia.com/etica-medica-capitulo-I-parte-dos.htm

CAPITULO SEGUNDO

ANEXOS

ANEXOS

Fichas

1. Sentencia C-259/95 (Junio 15).

M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara

2. Sentencia C-106/97 (Marzo 6).

M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara

3. Sentencia C-116/99 (Febrero 24).

M.P. (E) Dra. Martha Victoria SÁCHICA Méndez

4. Sentencia T-151/96 (Abril 17).

M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo

5. Sentencia T-161/98 (Abril 29).

M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo

6. Sentencia C-264/96 (Junio 13).

M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

7. Sentencia C-280/95 (Junio 29).

M.P. Dr. José Arango Mejía

8. Sentencia T-401/94 (Septiembre 12).

M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

9. Sentencia T-1384/00 (Octubre 12).

M.P.(E) Dra. Martha Victoria SÁCHICA Méndez

10. Sentencia de Unificación S.U. 337/99 (Mayo 12).

M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero

TIPO DE PROCESO QUE GENERA LA SENTENCIA:

DEMANDA DE CONSTITUCIONALIDAD (D)

NUMERO DE SENTENCIA:

C-259/95

FECHA DE LA SENTENCIA:

JUNIO 15 DE 1995

MAGISTRADO PONENTE:

HERNANDO HERRERA VERGARA

MAGISTRADOS QUE INTEGRARON LA SALA:

CARLOS GAVIRIA DIAZ

JORGE ARANGO MEJIA

ANTONIO BARRERA CARBONELL

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

JOSE GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

HERNANDO HERRERA VERGARA

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

VLADIMIRO NARANJO MESA

FABIO MORON DIAZ

MAGISTRADOS QUE SALVARON EL VOTO:

CARLOS GAVIRIA DIAZ

MAGISTRADOS QUE ACLARARON EL VOTO:

HERNANDO HERRERA VERGARA

VOTACIÓN:

9/8

ACTOR O ACCIONANTE:

EDUARDO HENAO HOYOS

CATEGORÍA A LA QUE PERTENECE:

PERSONA NATURAL (P.N.)

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

SI HUBO

INTERVINIENTES:

MINISTERIO DE SALUD través de representante

TRIBUNAL DE ETICA MEDICA por intermedio de apoderado

FEDERACIÓN MEDICA COLOMBIANA

PRUEBAS SOLICITADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL:

NO HUBO

AUDIENCIA PUBLICA:

NO HUBO

TEMAS:

ETICA MEDICA

TRIBUNAL DE ETICA MEDICA

PROCESO DISCIPLINARIO ETICO-MEDICO/DEBIDO PROCESO

PRINCIPIO NON BIS IN IDEM

PROCESO DISCIPLINARIO/CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL-

Integración

NORMA OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO:

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81 y 82 de la Ley 23 de 1981 "por la cual se dictan normas en materia de ética médica."

"LEY 23 DE 1981

Órganos de control y régimen disciplinario

("...)

CAPITULO II

Del proceso disciplinario ético-profesional

ARTICULO 74.- El proceso disciplinario ético-profesional será instaurado:

- a) De oficio, cuando por conocimiento de cualesquiera de los miembros del Tribunal se consideren violadas las normas de la presente ley;
- b) Por solicitud de una entidad pública o privada o de cualquier persona. En todo caso deberá presentarse, por lo menos, una prueba sumaria del acto que se considere reñido con la Ética Médica.

ARTICULO 75.- Una vez aceptada la denuncia, el Presidente del Tribunal designará a uno de sus miembros para que se instruya el proceso disciplinario y presente sus conclusiones dentro de un término no superior a quince días hábiles.

ARTICULO 76.- Si en concepto del Presidente del Tribunal o del profesional instructor, el contenido de la denuncia permite establecer la presunción de violación de normas de carácter penal, civil o administrativo, simultáneamente con la instrucción del proceso disciplinario, los hechos se pondrán en conocimiento de la autoridad competente.

ARTICULO 77.- En todos los casos en que el profesional instructor o el profesional acusado lo consideren indispensable o conveniente, podrán asesorarse de abogados titulados.

ARTICULO 78.- Cuando la naturaleza del asunto así lo exija, el instructor podrá solicitar al Tribunal la ampliación del término señalado para

presentar el informe de conclusiones. En tales casos la prórroga que se conceda no podrá exceder de quince días hábiles.

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

ARTICULO 80.- Estudiado y evaluado por el Tribunal el informe de conclusiones, se tomará cualquiera de las siguientes decisiones:

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

Parágrafo. La diligencia de descargos no podrá adelantarse antes de los diez días hábiles, ni después de los veinte, contados a partir de la fecha de recibo de la comunicación en la cual se señalan los cargos, salvo en los casos de fuerza mayor.

ARTICULO 81. Practicada la diligencia de descargos, el Tribunal podrá solicitar la ampliación del informativo, fijando para ella un término no superior a quince días hábiles, o pronunciarse de fondo dentro del mismo término, en sesión distinta a la realizada para escuchar los descargos.

Parágrafo. En los casos de ampliación del informativo como consecuencia de la diligencia de descargos, la decisión de fondo deberá tomarse dentro de los quince días hábiles siguientes al plazo concedido para la práctica de dicha diligencia.

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

(...)"

DECISIÓN EN MATERIA DE CONSTITUCIONALIDAD:

EXEQUIBLE (E)

TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Problemas Jurídicos:

- Determinar si dentro de los procesos disciplinarios tramitados ante el Tribunal de Ética Médica se cumplen las garantías y los principios del debido proceso concernientes a la solicitud y aporte de pruebas consagrados en el artículo 29 de la Constitución.
- Determinar si hay violación al principio del non bis in idem al tramitarse simultáneamente un proceso penal y un proceso disciplinario en contra de un profesional de la medicina.
- Determinar si la integración de las normas establecidas en el Código de Procedimiento Penal al proceso disciplinario de la Ley 23 de 1981 es inconstitucional.

A. DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

- En cuanto al primer problema jurídico planteado, la Corte manifestó lo siguiente:

“ (...) dentro de dicho régimen se encuentra comprendida la facultad que tiene el profesional acusado para presentar pruebas y solicitar la práctica de las mismas en el respectivo proceso disciplinario en su contra, a fin de desvirtuar los cargos formulados y demostrar su inocencia, pues es entendido que, como lo ha expresado esta Corporación, la observancia del debido proceso como el disciplinario requiere de la facultad y oportunidad del acusado para conocer los cargos formulados, rendir los correspondientes descargos, y presentar o solicitar la práctica de pruebas que considere

pertinentes y sean conducentes para desvirtuar los cargos, todo ello con anterioridad al pronunciamiento respectivo que ponga fin al proceso ético profesional. Las normas demandadas no riñen con el cumplimiento de las exigencias procesales mencionadas, y por ello habrá de declararlas exequibles por encontrarlas ajustadas a los preceptos constitucionales, sin que haya lugar a que prospere el primer cargo formulado. “

Por lo anterior, se infiere que la argumentación de la Corte para declarar la exequibilidad de los artículos demandados, se fundamenta básicamente en el artículo 29 de la Carta que otorga la garantía a todo procesado de solicitar y aportar pruebas en los procesos sin importar su naturaleza. En esa medida, es claro que todos los profesionales de la medicina que se encuentren incurso en un proceso disciplinario gozarán de dicha garantía a pesar de que la norma demandada no la establezca expresamente.

Respecto al segundo problema jurídico planteado, la Corte Constitucional hizo el siguiente planteamiento:

“(…)dicho principio no se quebranta cuando se trata de hechos que implican la confrontación de normas de contenido y alcance diferente, cuyo conocimiento corresponde a dos jurisdicciones distintas.”

“ (...) nada impide que de la falta disciplinaria en que eventualmente incurra un profesional de la medicina por sus actos u omisiones en ejercicio de su actividad profesional, que acarrea las sanciones correspondientes a la violación al régimen disciplinario ético médico, pueda así mismo, al quebrantar los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de Colombia y en especial el de la vida, la integridad física, la salud, la dignidad, la seguridad social, etc., ser responsable penal, civil o administrativamente, de hechos u omisiones que infrinjan los respectivos estatutos, que lo hacen acreedor de las sanciones correspondientes, diferentes a la disciplinaria.”

“ De ahí que, de la misma manera, bien puede ocurrir que como el interés que se protege es de naturaleza diferente en cada una de las jurisdicciones, en

este caso bien puede suceder igualmente que frente a hechos susceptibles del conocimiento respectivo, el juez penal absuelva y el disciplinario condene sin que haya lugar al quebrantamiento del principio constitucional del non bis in idem.”

De lo expuesto por la Corporación, se puede establecer que el Principio del non bis in ídem no se encuentra vulnerado al tramitarse un proceso penal simultáneamente a uno disciplinario por cuanto, en este caso, la conducta ejercida por un médico puede generar violación tanto de la normatividad penal como de la disciplinaria y por ende debe ser conocida por cada jurisdicción competente sin perjuicio a la vulneración del principio mencionado. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que la naturaleza de ambas normatividades tienen autonomía jurídica propia y en esa medida los procesos serán independientes dando lugar al establecimiento de sanciones distintas que en ocasiones podrán coincidir y en otras disentir.

En lo concerniente al tercer problema jurídico, el planteamiento dado por la Corporación fue el siguiente:

“(…) la remisión que hace el artículo 82 de la Ley 23 de 1981 a las normas del Código de Procedimiento Penal, en nada quebranta el artículo 29 de la Constitución Política. Al contrario, este precepto, así como los demandados, tienen desarrollo en debida forma, ya que conducen a que toda actuación del Tribunal de Ética Médica esté sometida a la observancia del debido proceso, garantizando de esa manera los derechos del profesional acusado dentro del proceso disciplinario allí consagrado, con sujeción a las normas constitucionales.”

De lo expresado por la Corte se puede entender que la remisión a la cual hace referencia el artículo 82 de la Ley 23 de 1981 a las normas del Código de Procedimiento penal no es contraria a la Constitución puesto que está fundamentada en el debido proceso y en esa medida tienen desarrollo constitucional.

B. DOCTRINA GENERAL:

De los lineamientos generales adoptados por la Corporación en el presente fallo es pertinente resaltar lo siguiente:

La Corte Suprema de Justicia, bajo la vigencia de la Constitución Política de 1986 realizó un análisis de las normas demandadas, sin embargo la Corte Constitucional consideró pertinente efectuar el análisis de constitucionalidad de tales normas a la luz de la Carta Fundamental vigente para evitar una inconstitucionalidad sobreviniente.

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

“ (...) nuestra Carta Política consagra el principio fundamental del debido proceso, en virtud del cual "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio" (artículo 29 C.P.). El debido proceso tiene aplicación no solamente en relación con las actuaciones judiciales, sino también con las administrativas.”

“ (...) la medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distinciones de nacionalidad ni de orden económico-social, racial, político o religioso.”

“(…) los tribunales ético profesionales en el ejercicio de sus atribuciones conferidas por la ley "cumplen una función pública pero sus integrantes por el solo hecho de serlo no adquieren el carácter de funcionarios públicos" (artículo 73 de la Ley 23 de 1981).”

“ La Constitución Política de 1991 en la parte final del inciso 4o. del artículo 29 señala expresamente la prohibición de que alguien sea "juzgado dos veces por el mismo hecho", con lo cual se consagra constitucionalmente el principio mencionado. Al respecto, la Corte Constitucional ya ha tenido oportunidad de señalar que dicho principio no se quebranta cuando se trata de hechos que implican la confrontación de normas de contenido y alcance diferente, cuyo conocimiento corresponde a dos jurisdicciones distintas.(...)”

C. DEFINICIONES DOGMATICAS CREADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Faltas a la ética médica: Las faltas que dan lugar a las sanciones deben estar debidamente tipificadas, de acuerdo con los principios y obligaciones que en materia de ética médica se encuentran relacionados en la Ley 23 de 1981. De esta manera, una vez configurada la falta, de acuerdo con su gravedad o con la reincidencia en ellas, es procedente la aplicación de la sanción con la advertencia de que cuando se trata de la más severa, es decir, de la suspensión en el ejercicio de la medicina hasta por cinco años, el pronunciamiento de fondo corresponde hacerlo exclusivamente al Tribunal Nacional de Etica Médica para que se decida si es del caso aplicarla o no dada la falta a la ética médica.

Debido proceso/Proceso disciplinario: La observancia del debido proceso como el disciplinario requiere de la facultad y oportunidad del acusado para conocer los cargos formulados, rendir los correspondientes descargos, y presentar o solicitar la práctica de pruebas que considere pertinentes y sean conducentes para desvirtuar los cargos, todo ello con anterioridad al pronunciamiento respectivo que ponga fin al proceso ético profesional.

Para que se configure el debido proceso en forma adecuada y con sujeción a la Constitución y a la ley debe mediar necesariamente la existencia de la normatividad que consagra la tipicidad de las faltas que puedan acarrear las respectivas sanciones para imponerlas,

Non bis in idem/Proceso Penal – Proceso Disciplinario: “ (...) el juicio realizado en dos jurisdicciones distintas implica una confrontación con normas de categoría, contenido y alcance distinto. El juez disciplinario evalúa el comportamiento del acusado, con

relación a normas de carácter ético, contenidas principalmente en el Estatuto de la Abogacía. Por su parte, el juez penal hace la confrontación de la misma conducta, contra tipos penales específicos que tienen un contenido de protección de bienes jurídicamente tutelados en guarda del interés social. Así que tanto la norma aplicable, como el interés que se protege son de naturaleza distinta en cada una de las dos jurisdicciones. Por ello nada impide que de la falta disciplinaria en que eventualmente incurra un profesional de la medicina por sus actos u omisiones en ejercicio de su actividad profesional, que acarrea las sanciones correspondientes a la violación al régimen disciplinario ético médico, pueda así mismo, al quebrantar los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de Colombia, ser responsable penal, civil o administrativamente, de hechos u omisiones que infrinjan los respectivos estatutos, que lo hacen acreedor de las sanciones correspondientes, diferentes a la disciplinaria.”

Derecho Penal vs Derecho Disciplinario: Existen claras diferencias entre el derecho penal y el disciplinario, cuya naturaleza y competencia de carácter jurisdiccional es diferente, razón por la cual, ellos no son incompatibles, ya que el juicio realizado en dos jurisdicciones distintas, implica una confrontación con normas de categoría, contenido y alcance diferentes.

Finalidad del proceso ético-profesional: El proceso ético-profesional de que trata la Ley 23 de 1981 tiene como finalidad el estudio de las conductas de los médicos que se someten a su examen, cuando a juicio de los miembros del Tribunal de Ética Médica, por solicitud de una entidad pública o privada, o de cualquier persona, se consideren violadas las normas consagradas en la citada Ley (artículo 74), con el fin de decidir si hay mérito para sancionar o

no, desde el punto de vista ético-disciplinario, el comportamiento de algún profesional de la medicina.

TESIS DEL SALVAMENTO DE VOTO

Problema Jurídico:

- Determinar si la administración de justicia efectuada por el Tribunal de Ética Médica tiene fundamento constitucional

A. DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

En cuanto al problema jurídico mencionado, el Magistrado Carlos Gaviria Díaz, en el salvamento de voto plantea lo siguiente:

“ (...) en virtud del principio de colaboración armónica entre las ramas del poder, la administración puede "excepcionalmente" producir actos materialmente judiciales. Pero los particulares sólo pueden fungir de administradores de justicia en la condición de conciliadores o de árbitros, y en ninguna de esas condiciones actúan las personas que integran los tribunales de ética profesional.”

De lo anterior, se desprende que los particulares podrán administrar justicia excepcionalmente cuando estén actuando como conciliadores o árbitros. Es por esto, que el Magistrado pone en tela de juicio las funciones jurisdiccionales que realizan los integrantes del Tribunal de Ética Médica por cuanto estos tienen el carácter de particulares y en esa medida su competencia estaría restringida a ejercer funciones referentes a la conciliación y al arbitramento y no a la administración de justicia. De otra parte, consideró pertinente resaltar que dicho Tribunal carece de fundamento constitucional, ya que quienes lo integran elaboran un acto jurisdiccional de carácter material. Es así como cabe afirmar que efectivamente el Tribunal de ética Médica administra justicia, en la medida en que realiza el ejercicio de confrontar una conducta singular descrita por una norma y como consecuencia imputa una sanción previamente tipificada.

▪ DOCTRINA GENERAL

El Magistrado Carlos Gaviria Díaz sustentó su salvamento de voto a través de la siguiente enunciación:

“ En virtud del principio de colaboración armónica entre las ramas del poder, la administración puede "excepcionalmente" producir actos materialmente judiciales. Pero los particulares sólo pueden fungir de administradores de justicia en la condición de conciliadores o de árbitros, y en ninguna de esas condiciones actúan las personas que integran los tribunales de ética profesional. (...)”

C. SALVEDADES PROPIAS

El Magistrado Carlos Gaviria Díaz erigió en su salvamento la necesidad de examinar el fundamento constitucional del Tribunal de Ética Médica, al respecto, expuso lo siguiente:

“Aunque no se acusaba al llamado "código de ética médica" en su totalidad, sino a algunas de sus disposiciones, creo que la Corte ha debido ocuparse del fundamento constitucional (si alguno tiene) del tribunal llamado a aplicarlas, pues limitarse a declarar exequibles las normas demandadas supone un asentimiento tácito a la constitucionalidad de esas instituciones.”

TESIS DE LA ACLARACIÓN DE VOTO

Problemas Jurídicos:

- Determinar si la Ley 23 de 1981 establece las conductas que pueden ser sancionables dentro de un proceso ético- profesional.
- Determinar si un grupo de colegas puede resolver que un profesional de la medicina ha obrado de manera contraria a la ética.

A. DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

En cuanto al primer problema jurídico, el Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, plantea en la aclaración de voto lo siguiente:

“ El artículo 29 de la Constitución dispone, como una de las garantías esenciales al debido proceso, que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa. Es decir, no puede haber en Colombia penas o sanciones que no hayan sido determinadas con antelación y de manera expresa por el legislador.”

La ley 23 de 1981, “ (...)no dedica normas a la enunciación clara y completa de las faltas disciplinarias o contra la ética, que puedan ser objeto de sanción. Simplemente se da lugar al proceso disciplinario ético-profesional "cuando se consideren violadas las normas de la presente Ley" (Artículo 74, literal a). Subrayo).”

De lo anterior, se puede deducir que la misma Constitución en el artículo 29, el cual se refiere al debido proceso, dispone el Principio de Legalidad como uno de los pilares que se deben tener en cuenta en el momento de la aplicación de una sanción; pues la conducta debe estar tipificada previamente. De esta manera la Ley 23 de 1981 debió establecer las conductas sancionables para evitar una violación al principio mencionado.

Respecto al segundo problema jurídico mencionado, el Magistrado José Gregorio Hernández Galindo en su aclaración de voto estableció lo siguiente:

“ La resolución sobre si un médico obró de manera contraria a la ética no puede quedar librada a la determinación subjetiva de un grupo de sus colegas. Debe provenir de un cotejo entre su conducta y las normas legales que estaba obligado a observar.”

De lo anterior, se infiere que las conductas realizadas por un médico que son tildadas como contrarias a la ética no pueden ser objeto de

discusión por parte de los colegas, sino que debe hacerse mediante un cotejo de las normas legales que deben ser cumplidas por el profesional de la medicina con relación a su comportamiento.

B. DOCTRINA GENERAL

“ Una lectura del articulado de la Ley 23 de 1981, cuya mayor parte no fue acusada, permite ver que el legislador hizo referencia en términos positivos al comportamiento y actitudes que debe observar el médico en sus relaciones con el paciente, con sus colegas, con las instituciones, con la sociedad y el Estado y en la prescripción médica, la historia clínica y el secreto profesional (...)”

▪ SALVEDADES PROPIAS:

“ A mi juicio, la exequibilidad de los preceptos acusados, que me parece acertada por los motivos que se consignan en la sentencia, ha debido condicionarse en el sentido de que las normas que plasman el procedimiento previsto ante los tribunales de ética médica no tendrían aplicación sino cuando la falta imputada al profesional enjuiciado estuviera plena y anticipadamente establecida por la ley, es decir, cuando se tratara de una conducta típica.”

▪ DOCTRINA ADICIONAL

No hay

21. DISCUSION CRITICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, SEÑALANDO SUS ACIERTOS Y SUS DEBILIDADES Y SUGIRIENDO LAS LINEAS MAS FAVORABLES PARA LA EVOLUCION FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA.

Realizado el análisis jurisprudencial del presente fallo, se puede determinar que la decisión tomada por la Corporación no fue unánime dando lugar a dos situaciones: De una parte, el Magistrado José Gregorio Hernández Galindo aclaró su voto y de la otra, el Magistrado Carlos Gaviria Díaz lo salvó.

Es claro que la Carta Fundamental garantiza el derecho al debido proceso a todas las personas que se encuentran incursas en actuaciones judiciales y administrativas. De lo anterior se desprende que, en el caso concreto, el proceso ético profesional lleva implícita dicha garantía y en esa medida no se puede argüir la violación al mismo como el actor lo quiso afirmar. El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia hace referencia a todos los elementos que debe tener un proceso sin importar su naturaleza y de él se puede establecer la facultad que tiene todo procesado de solicitar y aportar pruebas al mismo, por lo anterior, se puede afirmar, que aunque la norma demandada (Ley 23 de 1981) no establece expresamente el término para llevar a cabo dicha actuación, el principio mencionado entra a regular tal situación sin que haya lugar a la violación del mismo.

Adicionalmente, el accionante señala que el artículo 76 de la norma acusada (Ley 23 de 1981) vulnera el principio del non bis in ídem por cuanto faculta al Tribunal de Ética Médica y a las autoridades penales para iniciar de una parte, un proceso disciplinario y de la otra, uno penal en contra del profesional de la medicina sobre una misma actuación. La anterior afirmación fue desvirtuada por la Corte Constitucional en su totalidad y en nuestro concepto los argumentos esgrimidos aclaran de manera expresa el principio supuestamente vulnerado, en la medida en que es posible tramitar simultáneamente un proceso disciplinario y uno penal por cuanto la conducta ejercida por un profesional de la medicina puede violar normas de ambos regímenes sin detrimento de que las jurisdicciones de las autoridades competentes para dirimir cada caso puedan hacerlo en virtud de la autonomía jurídica propia. Es así, como es

posible entonces que las conductas de los médicos puedan ser juzgadas por ambas autoridades en aras de proteger sus normatividades sin perjuicio de vulnerar el principio del non bis in ídem.

Respecto al tercer problema planteado en el fallo, el accionante afirma que la integración de las normas penales al proceso disciplinario resulta inconstitucional, explicando que los principios jurídicos de ambos procedimientos tienen distinta naturaleza y en esa medida son derechos diferentes e incompatibles y que lo único que los relaciona es que pertenecen al género de los procesos sancionatorios.

A partir de lo anterior, consideramos que la Corporación resolvió de manera insatisfactoria el cuestionamiento expuesto, ya que se limitó a establecer que la remisión que hace el artículo 82 de la Ley 23 de 1981 a las normas del Código del Procedimiento Penal, en nada quebranta el artículo 29 de la Constitución, pues solamente se refiere a que toda actuación del Tribunal de Ética Médica está sometida a la observancia del debido proceso, pero no toca en nada la razón de fondo por la cual encuentra que el principio de integración o remisión como tal no es contraria a la Carta. A nuestro parecer, la Corte en este punto ha debido tratar de una manera más profunda los motivos por los cuales el principio de integración no resulta inconstitucional, pues simplemente establece que el proceso disciplinario adelantado contra un profesional de la medicina en el Tribunal de Ética Médica tiene desarrollo en el debido proceso garantizando sus derechos de acuerdo a la norma constitucional pero de ninguna manera hace alusión al encuadramiento de lo que no está regulado en el proceso ético-profesional a las normas del procedimiento penal quedando corta y sin claridad la interpretación hecha por la Corporación.

En cuanto al cuestionamiento efectuado por el Magistrado José Gregorio Hernández Galindo sobre la inexistencia de la descripción de las conductas sancionables en la ley 23 de 1981, consideramos que efectivamente dicha normatividad carece de la tipificación expresa de tales faltas disciplinarias o

contra la ética, vulnerando así el principio de legalidad consagrado constitucionalmente en el artículo 29 de la Carta Fundamental, el cual establece que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”. De esta manera, podemos afirmar la necesidad de que sean las mismas normas las que desarrollen las conductas sancionables por la autoridad competente, para así evitar la violación al principio mencionado.

De otra parte, la aclaración de voto también hace referencia a si un grupo de colegas puede resolver que un profesional de la medicina ha obrado de manera contraria a la ética, en ese sentido el aludido Magistrado expresó que la resolución de este caso debe hacerse mediante un cotejo de las normas legales que deben ser cumplidas por el profesional de la medicina con relación a su comportamiento, pero en nuestro criterio no dejó claramente definido quien es la persona idónea y facultada por la ley para efectuar dicho cotejo.

Dentro del Salvamento de Voto efectuado, el Magistrado Carlos Gaviria Díaz, deja en entredicho la función de administrar justicia del Tribunal de Ética Médica considerando que el artículo 116 de la Carta Fundamental otorga dicha función, en principio, a la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales (superiores de distrito judicial), los jueces y finalmente a la justicia penal militar y excepcionalmente, a los particulares que sean revestidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o de árbitros. En esa medida, no existe fundamento constitucional que otorgue dicha facultad al Tribunal de Ética Médica. No obstante, su función principal, es precisamente la administración de justicia dentro de su colegiatura, pero sus miembros no están investidos de la calidad de conciliadores o de árbitros y por lo tanto estarían fuera de los límites establecidos por el artículo mencionado al llevar a cabo actuaciones de

orden judicial y aplicando sanciones a quienes infrinjan las normas de su competencia (Ley 23 de 1981).

Finalmente, podemos concluir que la Corte en su pronunciamiento no fue clara dejando ciertos vacíos en las interpretaciones constitucionales realizadas y en esa medida sería preciso y conveniente efectuar una revisión sobre los puntos que no fueron rigurosamente definidos para poder crear una línea jurisprudencial mucho más lúcida.

1. TIPO DE PROCESO QUE GENERA LA SENTENCIA:
DEMANDA (D)

2. NUMERO DE SENTENCIA:
C- 106/97

3. FECHA DE LA SENTENCIA:
MARZO 6 DE 1997

4. MAGISTRADO PONENTE:
HERNANDO HERRERA VERGARA

5. MAGISTRADOS QUE INTEGRARON LA SALA:
CARLOS GAVIRIA DIAZ
JORGE ARANGO MEJIA
ANTONIO BARRERA CARBONELL
EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
JOSE GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO
HERNANDO HERRERA VERGARA
ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO
VLADIMIRO NARANJO MESA
FABIO MORON DIAZ

6. MAGISTRADOS QUE SALVARON EL VOTO:
NINGUNO

7. MAGISTRADOS QUE ACLARARON EL VOTO:
NINGUNO

8. VOTACIÓN:
9/9

9. ACTOR O ACCIONANTE:

GERMAN HUMBERTO RINCÓN PERFETTI

10. CATEGORÍA A LA QUE PERTENECE:

PERSONA NATURAL (P.N)

11. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

SI

12. INTERNVINIENTES:

TRIBUNAL NACIONAL DE ETICA MEDICA A TRAVÉS DE APODERADO

EL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO DE SALUD presentó escrito justificando la constitucionalidad de la norma acusada en forma extemporánea.

13. AUDIENCIA PUBLICA:

NO HUBO

14. TEMAS:

DERECHO AL TRABAJO-Protección

MEDICO-Función/MEDICO-Honorarios profesionales

MEDICO-Relación laboral y honorarios

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Servicio público obligatorio

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Cobertura/DERECHO A LA SALUD-Servicio público estatal

EMPRESA PROMOTORA DE SALUD-Función/EMPRESA

PROMOTORA DE SALUD-Oferta servicios de salud

EMPRESA PROMOTORA DE SALUD-Función general y

esencial/EMPRESA PROMOTORA DE SALUD-Prestación de

servicios/PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Prestación a

afiliados/INSTITUCION PROMOTORA DE SALUD

EMPRESA PROMOTORA DE SALUD-Responsabilidad
REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL-Transformación ejercicio de
actividad médica
TRABAJO MEDICO-Prestación directa o por modalidades
legales/SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Modalidades de
prestación de servicios/INSTITUCION PRESTADORA DE SALUD-
Médicos adscritos/TRABAJO MEDICO-No explotación comercial o
política
DERECHOS DEL MEDICO-Contraprestación digna y justa/MEDICO-
Protección frente a explotación comercial o política/EMPRESA
PROMOTORA DE SALUD-Contratación directa con médicos
SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Prestación por
entidades públicas o privadas
TRABAJO-Protección/TRABAJO-Retribución justa y digna
PROFESIONAL MEDICO-Remuneración en condiciones dignas y justas

15. NORMA OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO:

Acción pública de inconstitucionalidad contra el numeral 7o (parcial) del artículo 1o de la Ley 23 de 1981 "por la cual se dictan normas en materia de ética médica".

16. DECISIÓN EN MATERIA DE CONSTITUCIONALIDAD:

EXEQUIBILIDAD (E)

17. ORDEN A LA AUTORIDAD PUBLICA:

Ninguna

18. TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Problema Jurídico: De acuerdo a las consideraciones efectuadas por el accionante en la demanda, se pueden deducir los siguientes problemas jurídicos:

- Determinar la naturaleza jurídica de la remuneración a la cual tiene derecho el médico en razón de los servicios prestados.
- Determinar si las entidades promotoras de salud fueron creadas en detrimento de la relación directa que existía entre el médico y el paciente

A. DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

En cuanto al primer problema planteado, la Corte dispuso lo siguiente:

(...) “ el profesional médico tiene derecho, con base en los preceptos constitucionales -artículos 1,25,53-, a ser remunerado de tal forma que se le reconozca su derecho fundamental a un trabajo en condiciones dignas y justas, y a que su trabajo no sea en ninguna forma explotado por aquellas entidades a quienes se les permite la intermediación de la prestación del servicio de salud y de seguridad social, en los términos consagrados en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política.”⁸⁵

Por lo anterior, se puede concluir que la naturaleza jurídica de la remuneración a la cual tiene derecho el médico en razón a la prestación del servicio, emana de la Carta, puesto que ésta constituye el derecho al trabajo en un derecho fundamental y en esa medida la remuneración se concreta en él independientemente del origen de los servicios prestados por las personas. Adicionalmente, las entidades intermediarias entre la relación médico – paciente, no pueden extralimitarse en las funciones encomendadas por la misma ley (Ley 100 de 1993) ni buscar un provecho económico que vaya en detrimento de los servicios prestados por los profesionales médicos haciendo irrisorio los emolumentos derivados de estos.

Teniendo en cuenta el segundo problema jurídico mencionado, la Corte se pronunció de la siguiente manera:

⁸⁵ Sentencia C-106/97, M-P- Hernando Herrera Vergara, 6 de marzo de 1997.

(...) “ el nuevo esquema de Seguridad Social consagrado por el artículo 48 constitucional y desarrollado por la Ley 100 de 1993, en virtud de la cual se crearon las Entidades Promotoras de Salud, las Instituciones Prestadoras de Salud y el Plan Obligatorio de Salud, fijando las nuevas condiciones del Sistema de Seguridad Social, persigue, como se ha expresado, la ampliación de la cobertura del servicio de salud a través de la subordinación laboral o mediante contrato de prestación de servicios profesionales de destacados especialistas de la medicina que han contribuido a la eficiencia, universalidad y solidaridad de la seguridad social en el país.

Por lo tanto, es indudable que el precepto sub-examine se constituye en un principio rector del ejercicio de la actividad médica, indispensable para garantizar la misión del médico dentro del seno de la sociedad, la relación de éste con su paciente, así como la protección frente a actos de terceros ajenos a la relación médico-paciente, que conlleven la explotación comercial o política de dicho servicio. Presupuestos éstos que se encuentran en concordancia con los postulados del Estado social de derecho, la dignidad humana, la defensa y protección de los derechos, así como la prevalencia del bien común.”

De lo anterior, se debe destacar que el esquema de seguridad social consagrado en la Ley 100 de 1993 fue creado con el fin de garantizar la prestación del servicio de salud a todas las personas y en esa medida contribuir a la eficiencia, universalidad y solidaridad de la seguridad social. Por lo anterior, tal regulación estableció mecanismos de ampliación de cobertura del servicio de salud estimulando el acceso a ella a toda la población y no restringiéndola a unos pocos.

B. DOCTRINA GENERAL:

En cuanto a la Ley 100 de 1993

- (...) “ el Código de Ética Médica rige desde antes de entrar en vigencia la Constitución Política de 1991, y el sistema de la seguridad social fue desarrollado a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, en virtud de la cual se crearon las Entidades

Promotoras de Salud (E.P.S.) y las Instituciones Prestadoras de Salud (I.P.S.).”⁸⁶

- La Ley 100 de 1993, además de establecer mecanismos de promoción del servicio de salud, da la posibilidad a los profesionales de la medicina de prestar sus servicios de manera particular y en los casos que excedan el P.O.S. prestarlos de manera especializada.
- “ El trabajo como base del bienestar social y fuente principal del desarrollo constituye un derecho fundamental que involucra a todos los individuos y sectores sociales, dada la trascendencia y repercusiones que tienen las relaciones laborales en la sociedad moderna.”⁸⁷
- “ Desde luego la función del profesional médico es la de servir al ser humano, cuidar de su salud y propender por la prevención de las enfermedades, así como buscar el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad.”⁸⁸
- La Constitución de 1991, estableció el derecho irrenunciable a la seguridad social para todos los habitantes como un servicios público de carácter obligatorio cuya dirección, coordinación y control está a cargo del Estado.
- El artículo 49 de la Carta determinó que le corresponde al Estado establecer las políticas para la prestación de los servicios de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control.
- El artículo 156 de la Ley 100 de 1993, establece las características del Sistema de Seguridad Social en salud destacando las siguientes:
“(…) i. Las IPS son entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias y solidarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, dentro de las EPS o fuera de ellas (...).
k) Las EPS podrán prestar servicios directos a sus afiliados por

⁸⁶ *Ibidem*

⁸⁷ *Ibidem*

⁸⁸ *Ibidem*

medio de sus propias IPS, o contratar con Instituciones Prestadoras y profesionales independientes o con grupos de práctica profesional, debidamente constituídos".⁸⁹

- El artículo 177 de la Ley 100 de 1993, establece que las E.P.S. son las responsables de la afiliación, registro, carnetización así como el recaudo de las cotizaciones.
- La función esencial de las E.P.S., consiste en organizar y garantizar directa o indirectamente la prestación del P.O.S.
- Dentro de sus funciones están : ser delegatarias del Fondo de Solidaridad y Garantía para la captación de aportes de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud; promover la afiliación de grupos de población no cubiertos actualmente por la seguridad social, y organizar la forma y los mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional. Tiene además, la obligación de aceptar a toda persona que solicite la afiliación y cumpla con los requisitos de ley."⁹⁰

En cuanto a la Ley 23 de 1981:

- “ El numeral 7o del artículo 1o de la Ley 23 de 1981 señala que el médico tiene derecho a recibir remuneración por su trabajo, la cual constituye su medio normal de subsistencia.”⁹¹
- “ El numeral séptimo del artículo 1o de la Ley 23 de 1981 consagra una protección especial al derecho fundamental al trabajo del médico, tanto en su aspecto económico como en el campo científico y técnico, que ampara la propiedad intelectual y garantiza el ejercicio

⁸⁹ *Ibidem*

⁹⁰ *Ibidem*

⁹¹ *Ibidem*

pleno de los derechos de quienes ejercen la profesión de la medicina.”⁹²

- Los médicos tienen derecho a recibir una remuneración por el trabajo que realizan el cual se constituye en su medio normal de subsistencia y se fija según la jerarquía científica del médico, las circunstancias del acto que debe cumplir y la situación económica y social del paciente.

C. DEFINICIONES DOGMATICAS CREADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Percepción Económica derivada de la prestación de servicios médicos: “(...) el médico bien puede percibir honorarios en forma directa cuando el paciente contrata sus servicios profesionales, o mediante la remuneración a que tiene derecho como consecuencia de una relación laboral dependiente de una entidad pública o privada; o por su vinculación independiente como médico adscrito a estas mismas entidades.”⁹³

Prestación de servicios de la E..P.S.: “De acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación sobre la materia (sentencia No. T-236 de 1996), las obligaciones para las entidades promotoras de salud fijan el alcance mínimo del derecho a la seguridad social para los afiliados y vinculados al Sistema General de seguridad Social en Salud ; pero a partir del mismo, esas entidades pueden contratar con sus afiliados otras prestaciones complementarias o ampliar el contenido de las contempladas por la Ley.”⁹⁴

Relación Contractual médico – paciente: “ La relación contractual que surge entre el paciente y el médico, implica el cumplimiento de

⁹² *Ibidem*

⁹³ *Ibidem*

⁹⁴ *Ibidem*

obligaciones recíprocas, en virtud de las cuales el profesional se compromete a prestar los servicios médicos de salud y recíprocamente quien lo recibe, a pagar los honorarios profesionales por el trabajo desarrollado.”⁹⁵

DERECHO AL TRABAJO-Protección: “ (...) El trabajo como base del bienestar social y fuente principal del desarrollo constituye un derecho fundamental que involucra a todos los individuos y sectores sociales, dada la trascendencia y repercusiones que tienen las relaciones laborales en la sociedad moderna. Como elemento esencial de la estructura del Estado, goza de la protección especial de éste.(...)”. “ (...) El Estado debe adoptar los mecanismos que permitan asegurar a la persona la existencia de una retribución justa y digna a la altura de la idoneidad, competencia y responsabilidad requerida para el ejercicio cabal dela profesión médica. “ ⁹⁶

MEDICO-Función MEDICO-Honorarios profesionales: : “ La función del profesional médico es la de servir al ser humano, cuidar de su salud y propender por la prevención de las enfermedades, así como buscar el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad. Empero, ello no se opone a que éste, en ejercicio de su actividad lícita pueda obtener beneficios personales derivados del ejercicio de su actividad, como son los de percibir honorarios profesionales, con ocasión de la prestación del servicio en forma directa o mediante remuneración por su trabajo subordinado y dependiente a una entidad pública o privada o cuando se trate igualmente de una labor independiente por encontrarse dicho profesional adscrito a una empresa promotora de salud que presta el servicio de seguridad social.”⁹⁷

⁹⁵ Ibidem

⁹⁶ Ibidem

⁹⁷ Ibidem

19. DOCTRINA ADICIONAL:

Tribunal Nacional de Ética Médica:

De acuerdo con el numeral séptimo del artículo 1 de la Ley 23 de 1981, "(...)el médico tiene derecho a recibir una remuneración por su trabajo del cual derivará su subsistencia normal; precepto que para el interviniente es superfluo dentro de un estatuto de esta naturaleza, porque tratándose de una profesión liberal, es apenas obvio que el trabajo profesional le proporcione una retribución de carácter económica."⁹⁸

La segunda parte del numeral "(...) no hace relación a la retribución económica que el médico recibe por su trabajo, sino al trabajo médico propiamente dicho, entendido este como una técnica o como una expresión de carácter científico, y es por ello que alude tanto al médico como al paciente, pues si solo hiciera alusión a la parte económica de la prestación del servicio médico, únicamente podría referirse al profesional que lo presta."⁹⁹

" (...)el profesional médico en el ejercicio de su actividad puede crear técnicas, instrumentos, sustancias, objetos o elementos de la más diversa naturaleza que por ser fruto de su ingenio, puede "patentar y sacar provecho económico de los mismos como consecuencia de la propiedad intelectual".¹⁰⁰

" (...) sólo el médico y el paciente siguen siendo los beneficiarios del trabajo científico que el médico presta y que las invenciones técnicas o

⁹⁸ Ibídem

⁹⁹ Ibídem

¹⁰⁰ Ibídem

científicas surgidas de su ingenio no pueden ser explotadas comercial ni políticamente por terceros.”¹⁰¹

Concepto del Ministerio Público:

“(…) las nuevas condiciones del sistema de seguridad social buscan ante todo ampliar la cobertura del servicio a través de una vinculación ya sea de carácter laboral o por contrato de prestación de servicios profesionales de un gran número de médicos al Plan Obligatorio de Salud, POS, a través de las Entidades Promotoras de Salud, EPS, lo cual implica un incremento potencial de casos en los que se pueden presentar problemas de "explotación comercial" por parte de estas entidades en su condición de empleadores, "aunque como actividad económica tienen como límite constitucional el bien común, con responsabilidades sociales, con función social sin que puedan abusar de su posición dominante en el mercado nacional, ni lesionar los principios de la seguridad social y de la atención de la salud". ¹⁰²

22. DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, SEÑALANDO SUS ACIERTOS Y SUS DEBILIDADES Y SUGIRIENDO LAS LINEAS MAS FAVORABLES PARA LA EVOLUCION FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA

De acuerdo a los problemas jurídicos planteados durante el análisis de esta sentencia, se puede establecer que el numeral séptimo del artículo primero de la Ley 23 de 1981, no es contrario a la Carta Política por cuanto esta misma consagra el derecho fundamental al trabajo y en esa medida la remuneración se constituye como un elemento esencial derivada de la relación laboral o contractual según el caso. Adicionalmente, hay que resaltar que la función de las Entidades Promotoras de Salud es de simple intermediación y regulación al Sistema de Seguridad Social sin desvirtuar los elementos constitutivos de las relaciones laborales o contractuales entre el profesional de la medicina y el

¹⁰¹ *Ibíd*em

paciente pues ellas van a seguir extendiendo y así la remuneración, a pesar de ser indirecta, va a seguir teniendo como causa la prestación de un servicio.

De otra parte, la creación de las denominadas Entidades Promotoras de Salud (E.P.S – Ley 100/93) se efectuó en razón de fijar nuevas condiciones al Sistema de Seguridad Social persiguiendo la ampliación de la cobertura del servicio de salud para concretar los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad, pero su fin no fue el de desvirtuar la relación médico – paciente sino fue la de promover y garantizar el desarrollo de los derechos colectivos o de cuarta generación generando la posibilidad de acceder a ella a quienes no gozaban de dicho beneficio.

Así pues, se evidencia que la subordinación a la cual se deben someter los médicos con respecto a las Entidades Promotoras de Salud, no genera una explotación comercial ni política como el actor trata de afirmar, sino que procura la administración efectiva y equilibrada de los recursos que el Estado destina para la prestación del servicio de salud.

Por todo lo anteriormente expuesto, en nuestro criterio la Corte Constitucional al declarar EXEQUIBLE la norma demandada está dándole la correcta interpretación a la Carta Fundamental por cuanto busca la defensa de los derechos de la comunidad en general.

¹⁰² *Ibíd*em

1. TIPO DE PROCESO QUE GENERA LA SENTENCIA
DEMANDA (D)

2. NUMERO DE SENTENCIA:
C-116/99

3. FECHA DE LA SENTENCIA:
24 DE FEBRERO DE 1999

4. MAGISTRADO PONENTE:
MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ (E)

5. MAGISTRADOS QUE INTEGRARON LA SALA:
VLADIMIRO NARANJO MESA
JOSE GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO
CARLOS GAVIRIA DIAZ
FABIO MORON DIAZ
ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO
ANTONIO BARRERA CARBONELL
ALFREDO BELTRÁN SIERRA
MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

6. MAGISTRADOS QUE SALVARON EL VOTO:
NINGUNO

7. MAGISTRADOS QUE ACLARARON EL VOTO:
NINGUNO

8. VOTACIÓN:
9/9

9. ACTOR O ACCIONANTE:

GERMAN HUMBERTO RINCÓN PERFETTI Y SILVIA GARCIA
CONVERS

10. CATEGORÍA A LA QUE PERTENECE:

PERSONA NATURAL (P.N)

11. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

SI HUBO

12. INTERNVINIENTES:

TRIBUNAL NACIONAL DE ETICA MEDICA
MINISTERIO DE SALUD

13. PRUEBAS SOLICITADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL:

NO FUERON SOLICITADAS

14. AUDIENCIA PUBLICA:

NO HUBO

15. OTRAS PARTICULARIDADES PROCESALES:

NO HUBO

16. TEMAS:

PUBLICIDAD DE SERVICIOS MEDICOS-No se puede limitar a
publicaciones científicas

PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN EJERCICIO MEDICO

17. NORMA OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO:

Los ciudadanos Germán Humberto Rincón Perfetti y Silvia García Convers, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presentaron demanda contra el artículo 57 de la Ley 23 de 1981 "por la cual se dictan normas en materia de Ética Médica " (Código de Ética Médica).

"Ley 23 de 1981

(Febrero 18)

"Por la cual se dictan normas en materia de Ética Médica

(...)

ARTICULO 57°. La mención de títulos académicos, honoríficos, científicos, o de cargos desempeñados, solamente podrá hacerse en publicaciones de carácter científico."

18. DECISIÓN EN MATERIA DE CONSTITUCIONALIDAD:

INEXEQUIBLE (I.E.)

19. ORDEN A LA AUTORIDAD PUBLICA:

NO HUBO

20. TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Problema Jurídico: De acuerdo a las consideraciones efectuadas por el accionante en la demanda, se puede deducir el siguiente problema jurídico:

- Determinar si la publicación de títulos académicos, honoríficos, científicos o de cargos desempeñados por un profesional de la medicina, en publicaciones distintas a las de carácter científico vulnera derechos fundamentales (derecho a la libertad de expresión, derecho a la igualdad y derecho a la información) consagrados en la

A. DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

Respecto del problema jurídico planteado en la sentencia, la Corte Constitucional se pronunció de la siguiente manera:

“(...) la limitación que se produce con dicha disposición repercute sustancialmente en la libertad de los médicos de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, así como de informar sobre sus servicios en cualquier medio de publicidad, al igual que en el derecho que como profesionales tienen a realizar su actividad en igualdad de condiciones y oportunidades, frente a profesionales de otras ramas de la ciencia (C.P., arts. 13, 20, 25 y 53). De igual manera, se desconoce el derecho de los ciudadanos a ser informados de manera lo más completa posible sobre los servicios médicos ofrecidos por sus profesionales, para así poder escoger entre las diversas posibilidades que brinda la oferta de la actividad médica (art. 4o., Ley 23 de 1981).”¹

Según lo expuesto por la Corporación, se puede establecer que efectivamente, la prohibición impuesta a los profesionales de la medicina en la norma acusada de la Ley 23 de 1981, resulta violatoria de los derechos fundamentales mencionados en el problema jurídico, pues la limitante impuesta acerca de las publicaciones científicas genera desproporcionalidad por cuanto las publicaciones médicas son muy reducidas y se dirigen a un público determinado (los médicos) generando igualmente una vulneración al derecho de información de los particulares de acceder a la información de los servicios médicos ofrecidos y de esta manera poder escoger al profesional más idóneo. De otra parte, cabe anotar la importancia de crear controles legales a las publicaciones de este tipo, para que de esta manera se eviten prácticas de competencia desleal además de divulgaciones erróneas sobre los servicios que determinados profesionales puedan prestar o que atenten contra la propiedad intelectual.

¹ Sentencia C-116/99, M.P.(E) Martha Victoria Sáchica Méndez, 24 de Febrero de 1999

Adicionalmente, es pertinente resaltar que la publicidad y la propaganda representan una forma de misión social que da lugar a un proceso informativo dirigido a los usuarios para que estos tengan un fiel conocimiento acerca de las personas que ofrecen sus servicios profesionales y de esta manera poder seleccionar el que más les convenga.

B. DOCTRINA GENERAL:

“ (...)las reglas éticas aplicables a una determinada profesión pueden llegar a convertirse en normas jurídicas de imperativo cumplimiento.”¹⁰³

“ Es evidente, que la imposición normativa de una conducta ética a los profesionales de la ciencia médica, llega a restringir algunas de sus libertades y derechos, con garantía superior y a involucrar aspectos atinentes a su fuero interno.(...)”¹⁰⁴

“(...)de conformidad con el artículo 78 de la Carta Política, el legislador cuenta con la autorización expresa para regular el control de la calidad de los bienes y servicios que se ofrecen y prestan a la comunidad, así como de la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Según ese mismo canon constitucional, son responsables, en los términos legalmente establecidos, quienes en la producción y comercialización de bienes y servicios atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.”¹⁰⁵

El “(...)artículo 57 de la Ley 23 de 1981 - forma parte de un conjunto de normas relativas a la ética del ejercicio de la profesión médica, con cuya expedición se pretendió actualizar las normas imperantes

¹⁰³ Ibídem

¹⁰⁴ Ibídem

¹⁰⁵ Ibídem

en dicha materia frente a la realidad científica y social vigente, haciendo prevalecer la dignidad y los fueros de la persona humana.”¹⁰⁶

“(…) el denominado Código de Ética Médica - Ley 23 de 1981 -, dentro de los distintos aspectos que regula, consagró de una parte, lo que considera ha de ser y se espera de la práctica profesional de la medicina y de otra, lo relativo al control del ejercicio de esa profesión, en cuanto a los órganos que lo ejercen y el régimen disciplinario aplicable.”¹⁰⁷

C. DEFINICIONES DOGMATICAS CREADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL:

El propósito esencial de la medicina: “(…) el propósito esencial de la medicina son los seres humanos, contemplados desde una perspectiva integral que abarca tanto el aspecto espiritual como el material, en la medida en que dicha ciencia se encamina a promover, preservar y recuperar su salud, a través de acciones que los protejan de las enfermedades y dolencias que puedan llegar a padecer, a fin de liberarlos del sufrimiento causado, apaciguando su dolor y, de esta manera, garantizar una protección del valor supremo de la vida y de la existencia en condiciones dignas, así como de su integridad personal e intimidad, mediante la creación de un bienestar general que les permita desarrollarse en forma individual, según la propia perspectiva de vida.”¹⁰⁸

La propaganda: Es “(…)la actividad destinada a dar a conocer al público un bien o servicio con el fin de atraer adeptos, compradores, espectadores o usuarios, o crear simpatizantes, a través de cualquier medio de divulgación, y la publicidad, esto es, la propagación de

¹⁰⁶ Ibídem

¹⁰⁷ Ibídem

noticias o anuncios de carácter comercial o profesional con el propósito indicado, no constituyen por sí solas una ofensa a la ética, pues de ser así, estarían proscritas en el ejercicio de los menesteres propios de las acciones connaturales al medio político, social, económico y cultural.”

La publicidad: “(...) es un medio de divulgación de información legítimo, con amplia aceptación social, cuya utilización habitual no envuelve per se una actuación antiética ni contraria al interés general.(...)”

Difusión de la Propaganda y la publicidad: “La propaganda y la publicidad como difusión a través de medios de expresión que impresionen los sentidos, pueden llevarse a cabo con el propósito de ensalzar la bondad o excelencia de un artículo o de un servicio. Referidas al profesional en general, indudablemente cumplen una misión social como es la de informar a la comunidad y a cada persona en particular sobre las cualidades o atributos que ciertos profesionales poseen, a efecto de que puedan seleccionar, cuando lo requieran, a quien juzguen como el más capacitado, responsable y recto en el ejercicio de la correspondiente actividad.”.

Publicidad profesional aplicada a la ciencia médica: “(...)permite que se cumpla la "misión social" de dar a conocer a la comunidad las bondades y virtudes del servicio médico que se intenta promover en todo su contenido, así como de las condiciones personales y de tipo académico, profesional y científico de quien lo presta, lo cual implica que puede estar sujeta a los respectivos controles estatales legalmente establecidos, siempre que su sustento sea serio, razonable y proporcionado al fin que con la medida se pretende.(...)”

Control estatal a la publicidad: El Estado debe ejercer un control sobre los anuncios o comunicaciones, “(...) para precaver o

¹⁰⁸ *Ibíd*em

sancionar las faltas contra la ética y los derechos de los demás como sería, en las profesiones de la salud, el hecho de censurar los tratamientos efectuados por otros colegas o utilizar prácticas de competencia desleal o descalificar a estos en cualquier sentido, o abusar de los medio de comunicación, o atentar contra la propiedad intelectual; por consiguiente, cualquier conducta inescrupulosa del profesional que comporte una propaganda o publicidad indebidas y pueda configurar o propiciar una competencia desleal, es susceptible de ser tipificada y sancionada por el legislador como una falta a la ética”¹⁰⁹

21. DOCTRINA ADICIONAL:

Tribunal de Ética Médica: Dicho Tribunal solicita sea declarada constitucional la norma acusada y el fundamento es el siguiente:

“ (...) el propósito del legislador en la misma no es el señalado por los actores, sino el de evitar que la competencia profesional se convierta en una lucha comercial en la que el ofrecimiento del servicio médico constituya un producto más, fomentándose así una pugna desleal entre los mismos profesionales de la salud. En su concepto, la disposición censurada garantiza a los potenciales beneficiarios una información ponderada, seria, científica y técnica de los merecimientos médicos y profesionales de los galenos, dada la importancia que tiene el servicio médico, como es el de proteger la salud y la vida de los asociados, lo cual impide su tratamiento como cualquier artículo comercial e industrial.”¹¹⁰

Ministerio de Salud:

Participa en el proceso a favor de la constitucionalidad de la norma acusada.

¹⁰⁹ Ibídem

¹¹⁰ Ibídem

Procurador General de la Nación:

La profesión médica, "(...) ha tenido especial consideración social, lo que justifica el celo del legislador frente a la posibilidad de que se convierta en una actividad comercial, en donde la figura del "cliente" prime sobre la concepción integral de la dignidad humana del "paciente" y del hombre como fin, en concordancia con lo establecido en el numeral 10 del artículo 1o. de la Ley 23 de 1.981, como principio ético de la medicina."¹¹¹

" (...) existiendo en nuestro país un limitado número de publicaciones científicas y una baja difusión entre el público, la aplicación de la norma acusada generaría un obstáculo en la circulación de la información entre quienes requieren de los servicios médicos, contrariando lo señalado en artículo 4o. de la Ley 23 de 1981, sobre libre elección del médico por el paciente. Además, agrega que la sola mención de la especialidad puede resultar insuficiente al evaluar la idoneidad del médico y desconocería el derecho del profesional de difundir de manera veraz y dentro de la lealtad profesional sus méritos académicos y científicos, lo cual forma parte del libre desarrollo de su personalidad."¹¹²

22. DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, SEÑALANDO SUS ACIERTOS Y SUS DEBILIDADES Y SUGIRIENDO LAS LINEAS MAS FAVORABLES PARA LA EVOLUCION FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA

Los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, deben ser protegidos y en esa medida la legislación que se cree debe estar ajustada dentro de este parámetro. Por lo anterior, el concepto jurisprudencial adoptado en la sentencia se dirige precisamente a salvaguardar el planteamiento descrito anteriormente.

¹¹¹ *Ibíd*em

¹¹² *Ibíd*em

En el caso concreto, el accionante demandó el artículo 57 de la Ley 23 de 1981 que establece la prohibición de publicitar los títulos académicos, honoríficos, científicos o de cargos desempeñados por el profesional de la medicina salvo que se haga en publicaciones de carácter científico, por cuanto considera que tal disposición vulnera el derecho fundamental a la información, a la igualdad y al trabajo. Del análisis efectuado por la Corporación, se deriva que en efecto, la norma acusada si viola los mencionados derechos, en la medida que restringe la información de los servicios médicos únicamente a los colegas y no habría una divulgación de carácter general que propenda por el conocimiento de estos y consecuentemente, no hay posibilidad de seleccionar médicos idóneos para la prestación del servicio.

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que los particulares en razón al difícil acceso y al poco conocimiento que tienen sobre los servicios prestados por los profesionales de la medicina, deben estar informados de una manera amplia para que puedan escoger libre e informadamente a los médicos de acuerdo a las necesidades propias. Lo anterior sin perjuicio de que el Estado pueda entrar a controlar y vigilar la información que se divulgue mediante la propaganda y la publicidad, evitando generar prácticas de competencia desleal y de informaciones erróneas que conduzcan al particular al mal empleo de los servicios médicos ofrecidos.

Es pertinente destacar que el ejercicio de la profesión médica comprende dos tipos de intereses, uno general que se relaciona con el bienestar de las personas en condiciones de vida digna y saludable para la consecución de una comunidad sana y otro particular, referente al médico en relación con su crecimiento y desarrollo personal y económico en el ejercicio de su profesión, haciendo que la publicidad sea una forma de satisfacer su perspectiva interna que sea compatible con el propósito

esencial y general de la medicina.

Finalmente, a los profesionales médicos les asiste el derecho a informar ciertos aspectos relevantes de su ejercicio profesional que son de interés social al igual que a los particulares de recibir la información mediante el uso de una publicidad legítima y amplia en un plano de igualdad con otros profesionales. Todo lo anterior bajo el control legal correspondiente que permita la protección del interés general inherente al ejercicio de la medicina. Así pues, es claro que la norma demandada es violatoria al ordenamiento constitucional y en esa medida fue precisa la declaratoria de inexecutable de la misma.

1. TIPO DE PROCESO QUE GENERA LA SENTENCIA
TUTELA (T)

2. NUMERO DE SENTENCIA:
T-151/96

3. FECHA DE LA SENTENCIA:
17 DE ABRIL DE 1996

4. MAGISTRADO PONENTE:
JOSE GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

5. MAGISTRADOS QUE INTEGRARON LA SALA:
JOSE GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO
HERNANDO HERRERA VERGARA
SUSANA MONTES DE ECHEVERRI (CONJUEZ)

6. MAGISTRADOS QUE SALVARON EL VOTO:
NINGUNO

7. MAGISTRADOS QUE ACLARARON EL VOTO:
NINGUNO

8. VOTACIÓN:
3/3

9. ACTOR O ACCIONANTE:
CARLOS ACUÑA O.

10. CATEGORÍA A LA QUE PERTENECE:
PERSONA NATURAL (P.N)

11. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

NO HUBO

12. INTERNVINIENTES:

NO HUBO

13. PRUEBAS SOLICITADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL:

NO SE SOLICITARON

14. AUDIENCIA PUBLICA:

NO HUBO

15. TEMAS:

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Legalidad sanción disciplinaria a médico

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Inexistencia por suspensión de profesión

TRIBUNAL DE ETICA MEDICA-Objeto

TRIBUNAL DE ETICA MEDICA-Alcance de sus decisiones

TRIBUNAL DE ETICA MEDICA-Función pública

RELACION MEDICO-PACIENTE-Confianza y respeto

RELACION MEDICO-PACIENTE-Tratamiento y suministro de medicamento

RELACION MEDICO-PACIENTE-Terminación

MEDICO-Faltas frente al paciente/MEDICO-Formulación por escrito de medicamento

PACIENTE-Derecho a conocer tratamiento/ACCION DE TUTELA-No información tratamiento dado al paciente

RESERVA DE DIAGNOSTICO MEDICO-Naturaleza

SECRETO PROFESIONAL-Naturaleza/MEDICO-Suministro nombres de medicamentos

16. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO:

Revisión de los fallos proferidos por los Juzgados 65 Penal Municipal y 30 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá.

17. HECHOS OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO:

- GUILLERMO ROJAS RAMOS se dirigió por escrito al Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca con el fin de formular denuncia contra el profesional CARLOS ACUÑA O.
- El denunciante quien padecía de una enfermedad coronaria contrató los servicios profesionales del médico Acuña para que le practicara un tratamiento clínico.
- El tratamiento clínico consistía en una serie de inyecciones y unas cápsulas nutritivas que garantizaban una recuperación del 90% como base principal para destapar la arterias coronarias.
- Posteriormente, el paciente manifestó al médico su inconformidad con el tratamiento por cuanto este no había surtido los efectos esperados informándole que dejaría de tomar las cápsulas medicadas e igualmente se las devolvería.
- En la reclamación del paciente ante el Tribunal de Ética Médica, expresó que “ (...) el facultativo no le formuló la droga que le administraba, se negó a dar el nombre de la misma y del tratamiento por cuanto -expresaba- se trataba de un secreto profesional, las cápsulas suministradas como nutrientes no tenían nombre ni registro en el Ministerio de Salud y, además, para el enfermo resultaba claro que la mejoría ofrecida por el tratante no se produjo en su caso.”¹¹³
- El 5 de octubre de 1993, la Sala Plena del Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca resolvió que el doctor Carlos Acuña O. debía ser absuelto por los cargos que se le formularon por presunta violación de los artículos 8, 11 y 25 de la mencionada Ley, pero no aceptó los descargos del galeno en lo relativo a la vulneración de los artículos

¹¹³ Sentencia TT-151/96, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, 17 de Abril de 1996

12 y 33 Ibídem, es decir, los referentes al obligatorio empleo de los medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas y a la necesidad de que las prescripciones médicas se hagan por escrito y de conformidad con las normas vigentes sobre la materia.

- El Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca declaró que existía mérito para aplicar la sanción de que trata el literal d) del artículo 83 de la Ley 23 de 1981 (suspensión en el ejercicio de la medicina hasta por cinco años) y dar traslado al Tribunal Nacional de Ética Médica para que, dada la gravedad de la sanción, decidiera sobre la misma, en los términos del artículo 84 Ibídem.
- El médico Guillermo Rojas Ramos, interpuso los correspondientes recursos de reposición y apelación y la decisión fue confirmada el 30 de Noviembre de 1993.
- La Sala Plena del Tribunal Nacional de Ética Médica, en sesión del 1 de diciembre de 1994, declaró la nulidad del auto del Tribunal Seccional mediante el cual se concedió la apelación, pero, al aplicar la sanción según su competencia (artículo 84 de la Ley 23 de 1981), estimó que, si bien la gravedad de la falta del médico implicado daría lugar a la máxima sanción, teniendo en cuenta que no registraba antecedentes, le impuso la de suspensión provisional de cuatro años en el ejercicio profesional por haber infringido los artículos 12 y 33 del enunciado estatuto.
- El sancionado ejerció la acción de tutela contra el Tribunal Nacional de Ética Médica y contra el Ministerio de Salud -que por Resolución 002629 del 12 de junio de 1995 confirmó parcialmente la sanción, tasándola en tres años-, por cuanto, a su juicio, mediante las providencias emanadas de esos organismos le fueron violados sus derechos al debido proceso, al trabajo y a la igualdad, a la vez que se transgredió la parte final del artículo 28 de la Carta, que prohíbe las penas imprescriptibles.

- Dentro de las solicitudes del accionante, solicitó que se revocaran las providencias del Tribunal de Ética Médica y del Ministerio de Salud y que subsidiariamente se ordenara de nuevo la realización de la actuación y así mismo que se diera aplicación al artículo 38 C.C.A.
- Adicionalmente, solicitó de manera subsidiaria la suspensión del fallo proferido por el Tribunal de ética Médica para que cesara el perjuicio irremediable causado con la decisión.

Actuaciones Judiciales

- En primera instancia el Juzgado 65 Penal Municipal de Bogotá falló el 2 de Octubre de 1995 negando la protección solicitada por cuanto no se había agotado aún la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Además estableció que el trámite surtido había cumplido con todos los requisitos y que no se había violado de manera alguna los derechos fundamentales del médico.
- El juzgado 30 Penal del Circuito confirmó íntegramente la sentencia impugnada.

18. DECISIÓN EN MATERIA DE ACCIÓN DE TUTELA:

Confirma las Sentencias materia de revisión.

19. ORDEN A LA AUTORIDAD PUBLICA:

NINGUNA

20. TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Problemas Jurídicos:

- Determinar si existe otro medio judicial para resolver el litigio en cuestión dando lugar a la improcedencia de la acción de tutela.
- Determinar si la formulación de medicamentos o tratamientos de manera desordenada o descoordinada por parte del médico constituye falta disciplinaria

A. DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

Respecto al primer problema jurídico planteado, la Corte Constitucional manifestó:

“ (...) lo que se pretende debatir en sede de tutela -en realidad la posible vulneración de la Ley 23 de 1981 por parte de los tribunales de ética médica- es precisamente lo que debería discutirse por la vía ordinaria ante el Contencioso Administrativo.

Tenía, pues, el accionante un efectivo medio de defensa judicial. Podía ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y le era posible incluso obtener la suspensión provisional de los actos objeto de su ataque.”

De lo anterior se desprende, que el mecanismo de acción de tutela, en el caso concreto, es improcedente por cuanto de acuerdo a lo establecido en el Decreto 2591 de 1991, dicha acción debe ser utilizada únicamente como mecanismo preferente y sumario para proteger la vulneración o violación de los derechos fundamentales siempre y cuando no exista otro mecanismo idóneo para hacerlo. Además, dicho decreto, específicamente señala que la acción de tutela solamente puede ser impetrada una vez agotados todos los medios procesales existentes con sus respectivos fallos en los cuales el accionante considere que sus peticiones no han sido resueltas satisfactoriamente y consecuentemente sus derechos fundamentales siguen siendo vulnerados. Es por esto, que la Corte confirma las sentencias materia de revisión por cuanto la acción de tutela es inoperante para resolver el caso concreto.

Para resolver el segundo problema jurídico planteado, la Corporación expresó lo siguiente:

“ (...) constituye falta del médico a su deber frente al paciente toda conducta consistente en formularle medicamentos o tratamientos de manera desordenada o descoordinada, sin llevar el registro de lo recetado u omitiendo dejar, para el

paciente y para su historia clínica, la precisa constancia de lo actuado durante el tiempo en que le presta sus servicios. De allí que, como lo establece el artículo 33 de la Ley 23 de 1981, sea obligatoria para todos los profesionales de la salud la exigencia de que, cuando formulen o prescriban la aplicación de drogas, lo hagan por escrito.”

De lo anterior se puede afirmar que efectivamente la conducta del profesional de la medicina encaminada a la formulación de medicamentos y tratamientos en forma desordenada y descoordinada constituye falta a la ética profesional. De esta manera, la aplicación de las medicinas y los tratamientos debe hacerse con la suficiente información al paciente respecto a las dosis, precauciones, contraindicaciones etc, teniendo en cuenta la relación de confianza que debe existir entre ambos sujetos. La función que ejerce el médico, es de carácter público por cuanto tiene a su cuidado la salud de los seres humanos y por lo tanto es necesario garantizar la confianza psicológica del paciente en su médico y viceversa, para crear un clima de transparencia y lealtad que permita lograr el objetivo común de manera eficaz.

B. DOCTRINA GENERAL:

“ (...) cuando se trata de la sanción consistente en la suspensión más drástica hasta por cinco años son procedentes los recursos de reposición para ante el mismo Tribunal o el subsidiario de apelación para ante el Ministerio de Salud (artículo 89 Ley 23 de 1981), lo cual otorga mayor garantía al inculpado. Con respecto al debido proceso sin perjuicio de lo anterior estima la Corte que además, en tratándose de funciones administrativas como son las que desempeñan el Tribunal de Ética Médica para los efectos de la aplicación de las sanciones contra las faltas a la ética médica, por parte de los profesionales médicos y de acuerdo con su gravedad o con la reincidencia en ellas, resulta aplicable el artículo 12 del Decreto 2304 de 1989 que subrogó el artículo 82 del

C.C.A., en virtud del cual la jurisdicción contencioso administrativa tiene competencia para conocer y juzgar controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, lo que da mayor garantía al debido proceso dentro del régimen disciplinario aplicable a los profesionales de la medicina".¹¹⁴

"El carácter precario de la medida y la incompetencia del juez de tutela para penetrar en el terreno reservado a otra jurisdicción (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-543, octubre 1 de 1992), lo cual es aplicación del principio constitucional sobre autonomía de los jueces (artículos 228 y 230 C.N.), están claramente subrayados en el artículo 8° del Decreto 2591 de 1991"¹¹⁵

" (...) debe destacarse que el papel confiado a los tribunales de ética médica implica el ejercicio de un control disciplinario desde el seno de la misma profesión sobre las conductas de los facultativos, con miras a salvaguardar el adecuado manejo de las relaciones entre aquéllos y sus pacientes, sus colegas, la sociedad y el Estado, todas las cuales, si responden a principios de moralidad y ética y a los mandatos de la ley, repercuten en beneficio de la colectividad."¹¹⁶

C. DEFINICIONES DOGMATICAS CREADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Objeto del Tribunal de Ética Médica: El papel confiado a los tribunales de ética médica implica el ejercicio de un control disciplinario desde el seno de la misma profesión sobre las conductas de los facultativos, con miras a salvaguardar el adecuado manejo de las relaciones entre aquéllos y sus pacientes, sus colegas, la sociedad y el Estado, todas las

¹¹⁴ Ibídem

¹¹⁵ Ibídem

¹¹⁶ Ibídem

cuales, si responden a principios de moralidad y ética y a los mandatos de la ley, repercuten en beneficio de la colectividad.

Alcance de las decisiones del Tribunal de Ética Médica: La importancia de las decisiones que tales órganos adoptan no se limita al seno del cuerpo profesional, en cuanto pueda interesar a la preservación de unas reglas mínimas por parte de quienes practican la medicina, sino que toca de manera directa a la sociedad, que resulta perjudicada en grado sumo cuando esas prescripciones mínimas se transgreden. Por eso, el ordenamiento jurídico reconoce efectos a las decisiones de los tribunales de ética médica y consagra los mecanismos necesarios para que las competentes autoridades del Estado las hagan cumplir fielmente.

Terminación de la relación médico paciente: En caso de que definitivamente se pierda la confianza en el recetante, desaparece el motivo primordial de la relación entablada y, por tanto, a menos que las circunstancias lo hagan imposible en la situación concreta, puede el enfermo actual o potencial darla por terminada y buscar los servicios de quien, según su buen criterio, pueda contrarrestar sus males, evitarlos o disminuirlos.

Derecho del paciente a conocer tratamiento: Como es innegable el interés del paciente en cuanto al tratamiento que se le sigue, goza del derecho a conocer en qué consiste, cuáles son los nombres, ya sea científicos o comerciales, de las sustancias que debe consumir o aplicarse en ejecución de la orden médica. Puede, entonces, interrogar al médico tratante a ese respecto y éste tiene la obligación de responderle. Si ante el requerimiento del paciente, se niega el facultativo a suministrarle la información a la que tiene derecho, pone en grave peligro sus derechos fundamentales y, aparte de las sanciones que se le pudieran imponer por transgredir los principios éticos que lo vinculan, puede ser demandado en acción de tutela, dada la indefensión del enfermo, para que cumpla con la indicada obligación.

La excepción a lo anterior se da cuando hay “ (...) una posible y lícita reserva del diagnóstico sobre las enfermedades que padezca el paciente, en casos extremos, cuando precisamente por razón del estado de salud de aquél, según la apreciación del facultativo, una información completa al respecto, transmitida de manera abrupta o sorpresiva, pudiera precipitar desenlaces fatales. Se trata de eventos extraordinarios que ameritan un trato de suyo excepcional y aislado, y que no se pueden convertir en reglas generales, pues en ellos la actitud del médico se halla estrictamente condicionada por las circunstancias del caso concreto, bajo la única justificación de hacerse indispensable en guarda de la salud y la vida del paciente.”¹¹⁷

Subsidiariedad de la acción de tutela: “ La Corte Constitucional ha insistido en que del artículo 86 de la Carta Política resulta el carácter subsidiario de la acción de tutela, la cual no puede ser intentada cuando el accionante goza de otro medio otorgado por el ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos, salvo el caso extraordinario de que ante el juez se acredite plenamente la inminencia de un perjuicio irremediable frente al cual sería inútil o tardía la decisión en el proceso ordinario.”¹¹⁸

“ (...) la existencia del otro medio de defensa judicial, para poder excluir la acción de tutela, debe ser apto y eficaz para la defensa del derecho constitucional conculcado y no puramente formal o encaminado a la protección de otros derechos”¹¹⁹

Carácter de los procesos cursados en el Tribunal de Ética Médica: “(...) ha puesto de presente que los procesos que se siguen en los tribunales de ética médica, los cuales implican el ejercicio de funciones públicas por particulares en materias, términos y condiciones definidos por la ley (artículo 210 C.P.), tienen el carácter de disciplinarios y que la

¹¹⁷ Ibídem

¹¹⁸ Ibídem

¹¹⁹ Ibídem

impugnación de las decisiones correspondientes obedece a las reglas establecidas para las determinaciones que adoptan las autoridades administrativas.”¹²⁰

23. DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, SEÑALANDO SUS ACIERTOS Y SUS DEBILIDADES Y SUGIRIENDO LAS LINEAS MAS FAVORABLES PARA LA EVOLUCION FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA

La sentencia materia de análisis y discusión desarrolla dos planteamientos básicos, uno referente a la acción de tutela impetrada y otro dirigido a determinar si constituye falta disciplinaria la formulación de medicamentos y tratamientos de manera desordenada.

En cuanto al primer problema, se debe resaltar, que en el caso concreto el accionante ha debido agotar la jurisdicción contencioso administrativa, mediante la presentación de una acción de nulidad y reestablecimiento del derecho e inclusive le era posible obtener la suspensión provisional de los actos objeto de su ataque y en ese sentido no tener la necesidad de acudir a la jurisdicción constitucional para hacer valer sus derechos.

En esa medida, se puede deducir que, como en anteriores ocasiones lo ha expuesto la Corte, la acción de tutela es un mecanismo mediante el cual exclusivamente se protegen los derechos constitucionales fundamentales y por lo tanto no puede ser utilizada para hacer respetar derechos que solo tienen rango legal, ni para hacer cumplir las leyes, los decretos, los reglamentos o cualquier otra norma de inferior categoría. Además, hay que recordar que los jueces, cuando resuelven acciones de tutela, no están actuando en ejercicio de sus competencias ordinarias, ni según las reglas propias de la ley civil, penal, laboral o administrativa, sino que lo hacen como integrantes de la jurisdicción

¹²⁰ *Ibíd*em

constitucional, con arreglo a los mandatos de la Carta Política, y en desarrollo de la muy específica función de salvaguardar los derechos fundamentales.

Sobre el particular cabe anotar que la acción de tutela interpuesta en el caso concreto resulta improcedente y el actor debe agotar los demás medios judiciales que la ley establece para que así en última instancia esté debidamente facultado para utilizar el procedimiento constitucional consagrado en el artículo 86 de la Carta Política.

Respecto al segundo cuestionamiento, es posible afirmar que la conducta de los profesionales de la medicina encaminada a la formulación de medicamentos y tratamientos en forma desordenada y descoordinada constituye falta a la ética profesional, pues la Corte así lo estableció dentro de los puntos expuestos a largo de la sentencia. Es por lo anterior, que se puede establecer que las funciones ejercidas por los médicos son de carácter público y en esa medida, tienen el deber de cuidar y proteger la salud de los particulares garantizando al paciente la información suficiente sobre el tratamiento, generando de esta manera la confianza que se requiere para que el mismo acceda a las indicaciones médicas que el profesional haga. Todo lo anterior para propiciar un clima de transparencia y lealtad en la relación médico – paciente.

Para que la anterior afirmación se constituya, es necesario que el profesional médico deje constancia escrita de las actuaciones médicas que lleve a cabo con el paciente, pues la misma Ley 23 de 1981 en el artículo 33 establece tal exigencia, a fin de evitar futuras controversias que le generen un proceso ético – disciplinario.

El paciente, como sujeto pasivo de la relación entablada con el médico, tiene derecho a conocer en su totalidad el tratamiento que se le va a brindar con todos sus efectos, con el fin de que pueda dar su consentimiento informado de acuerdo a todas las explicaciones

suministradas por el profesional médico. Lo anterior, con el fin de evitar un grave peligro a los derechos fundamentales del enfermo, debido al estado de indefensión en el que se encuentra.

Finalmente y de acuerdo a los planteamientos esgrimidos, se puede concluir que la decisión tomada por la Corporación fue acertada, por cuanto al confirmar las sentencias materia de revisión se defiende y protege tanto el mecanismo constitucional denominado acción de tutela, como el derecho del paciente a ser informado veraz y claramente de los tratamientos médicos que se le formulan a fin de evitar la constitución de falta disciplinaria al médico con un consiguiente proceso ético–disciplinario.

1. TIPO DE PROCESO QUE GENERA LA SENTENCIA
TUTELA (T)

2. NUMERO DE SENTENCIA:
T-161/98

3. FECHA DE LA SENTENCIA:
29 DE ABRIL DE 1998

4. MAGISTRADO PONENTE:
JOSE GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

5. MAGISTRADOS QUE INTEGRARON LA SALA:
JOSE GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO
HERNANDO HERRERA VERGARA
ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

6. MAGISTRADOS QUE SALVARON EL VOTO:
NINGUNO

7. MAGISTRADOS QUE ACLARARON EL VOTO:
NINGUNO

8. VOTACIÓN:
3/3

9. ACTOR O ACCIONANTE:
YIRA LUZ CASTAÑEDA PATIÑO

10. CATEGORÍA A LA QUE PERTENECE:
PERSONA NATURAL (P.N)

11. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

NO HUBO

12. INTERNVINIENTES:

NO HUBO

13. PRUEBAS SOLICITADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL:

El magistrado sustanciador solicitó a CAPRECOM E.P.S. la constancia del pago de los honorarios que le adeudaba a la peticionaria.

14. TEMAS:

SERVICIO PUBLICO DE SALUD-Calidad/DERECHOS DEL MEDICO ANTE LAS E.P.S. Y EMPRESAS DE MEDICINA PREPAGADA-Remuneración proporcional, justa y oportuna

DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS-Protección en todas sus modalidades/DERECHO DEL MEDICO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS-Remuneración proporcional al servicio prestado

MEDICOS ANTE E.P.S. Y EMPRESAS DE MEDICINA PREPAGADA-Pago oportuno de honorarios

MUJER TRABAJADORA EMBARAZADA-Pago oportuno de honorarios

REMUNERACION-Reajuste periódico

15. HECHO OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO:

- La peticionaria, prestó sus servicios profesionales médicos a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones "CAPRECOM E.P.S.", Regional de esa ciudad, desde el 13 de agosto de 1996, inicialmente sin formalidad escrita alguna y después -a partir del 7 de marzo de 1997- por orden de prestación de servicios profesionales emitida por la entidad.

- El 7 de junio se dio por terminada la orden de prestación de servicios, sin haberse cancelado a la profesional las respectivas mensualidades.
- La peticionaria se encontraba en estado riesgoso de embarazo por lo cual necesitaba con urgencia el dinero que la E.P.S le adeudaba y así poder trasladarse a Bogotá para recibir tratamiento acorde con su estado. La anterior fue una de las razones por las cuales la peticionaria solicitó el pago urgente de los dineros que se le adeudaban sin lograr la agilización en el trámite de pago.
- Hasta la fecha de instauración de la tutela (23 de octubre de 1997), la solicitante no había obtenido el pago de sus servicios profesionales.
- El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cartagena, concedió la tutela de manera transitoria por cuanto pudo haber acudido a la jurisdicción competente para conocer del asunto y además, en virtud del estado en el que se encontraba la peticionaria. También ordenó a CAPRECOM E.P.S. pagar los honorarios adeudados en un término de 48 horas.
- La Corte Constitucional Confirma en todas sus partes el fallo de instancia pero no impartió orden adicional alguna por cuanto según documento que obra en el expediente suministrado por CAPRECOM E.P.S., la actora ya recibió el pago de lo que le adeudaba.

15. DECISIÓN EN MATERIA DE ACCIÓN DE TUTELA:

CONCEDER (C)

16. ORDEN A LA AUTORIDAD PUBLICA:

NO HUBO

17. TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Problema jurídico:

- Determinar si existe algún tipo de justificación para retardar o negar el pago de las obligaciones derivadas de una relación laboral.

A. DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

En cuanto al problema jurídico planteado a lo largo de la sentencia la Corte manifestó lo siguiente:

“ Nada justifica el comportamiento negativo, renuente o dilatorio, respecto a las obligaciones en materia laboral y en el campo del reconocimiento y cancelación de los servicios médicos profesionales cuando la entidad contratante es de aquellas que, como las E.P.S. o las empresas de medicina prepagada, reciben aportes permanentes de afiliados y patronos, y en algunos casos del propio Estado, precisamente para que cumplan su función en los aspectos que implica la cobertura de la salud pública, entre los cuales la actividad de los facultativos resulta ser esencial y permanente.”

Según lo expuesto por la Corporación a lo largo del fallo, se puede establecer, que toda persona que presta un servicio, bien sea mediante contrato de trabajo o mediante otra modalidad, tiene derecho a recibir una contraprestación en dinero, proporcional a la labor desempeñada. En el caso concreto, el profesional médico tiene derecho a ser remunerado de tal forma que se le reconozca su derecho fundamental a un trabajo en condiciones dignas y justas, y a que su actividad no sea en ninguna forma explotada por aquellas entidades a quienes se les permite la intermediación de la prestación del servicio de salud y de seguridad social según lo preceptuado en la Carta Política.

Ahora bien, es claro, que la actora se encuentra debidamente protegida por el Estado y en esa medida CAPRECOM E.P.S. está en la obligación de pagar los honorarios adeudados. Adicionalmente, cabe anotar que en

reiterada jurisprudencia, se ha enaltecido la protección especial que merece la mujer trabajadora, particularmente si es cabeza de familia y con mucha mayor razón si se encuentra en estado de embarazo.

Por todo lo anteriormente expuesto se puede determinar que no existe justificación alguna a la dilación o retardo injustificado del pago de los emolumentos a los que tenga derecho el trabajador, y en ese sentido, la Corporación confirma el fallo de instancia.

B. DOCTRINA GENERAL:

“El trabajo, según la Constitución Política, es un derecho fundamental y a la vez una obligación social, que merece, en todas sus modalidades, la especial protección del Estado.”

“ Los trabajadores, según el artículo 53 de la Constitución, tienen derecho a una remuneración mínima, vital y móvil, lo cual significa que el desempeño de sus labores está condicionado al pago periódico de las sumas que el patrono se obliga a cancelarles.”

“(…)la salud, independientemente de quién lo preste (Estado o particulares), es un servicio público cuya prestación, por tener incidencia en la calidad de vida de las personas, exige altos niveles de eficiencia, constancia y credibilidad de parte de los entes a cuyo cargo se encuentra.”¹²¹

“(…) las entidades clínicas y hospitalarias como las E.P.S. y las empresas de medicina prepagada tienen la obligación de velar por la calidad de los servicios médicos y, por tanto, lo que de ellas se espera es que contraten facultativos generales y especializados del más alto nivel profesional, que brinden seguridad a pacientes, afiliados y

usuarios, lo que a su vez exige justa, adecuada y profesional remuneración de aquéllos, acorde con su grado de preparación, especialidad, experiencia, tipo o clase de servicio prestado y características de la enfermedad que tratan.”¹²²

Es constitucional “ (...)el artículo 1 de la Ley 23 de 1981, según la cual el trabajo o servicio del médico sólo lo beneficiará a él y a quien lo reciba y nunca a terceras personas que pretendan explotarlo comercial o políticamente(…)”¹²³

Según la estructura planteada en la Ley 100 de 1993, se le garantiza al médico no solo el derecho a recibir una contraprestación justa por la actividad que desempeñe, sino que también lo protege de las terceras personas que pretendan explotarlo económica y políticamente. Es por esto que las E.S.S o I.P.S., al contratar con los profesionales de la medicina deben garantizar el pago de todos los emolumentos que se desprendan de la actividad prestada.

C. DEFINICIONES DOGMATICAS CREADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Protección al trabajo: el trabajo en condiciones dignas y justas es un derecho fundamental cuyo ejercicio debe ser protegido "en todas sus modalidades", lo cual significa que la garantía constitucional cubre a todas las profesiones y oficios y tanto a los empleados públicos y privados en sus distintos niveles como a los trabajadores independientes y, claro está, a quienes desempeñan actividades propias de las llamadas profesiones liberales. Todos los trabajadores tienen derecho legítimo y constitucionalmente garantizado a recibir, según el caso, el salario o los honorarios proporcionales a los servicios que prestan.

¹²¹ Sentencia T-161/98, M.P. JOSE GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

¹²² *Ibidem*

Reajustes periódicos en la remuneración: La remuneración y su periódico reajuste, son dos elementos que conforman, desde el punto de vista constitucional, derechos inalienables de todo trabajador, que correlativamente implican obligaciones ineludibles de los empleadores. Ningún patrono público ni privado tiene autorización constitucional para establecer que sólo hará incrementos salariales en el nivel mínimo y que dejará de hacerlos indefinidamente en los distintos períodos anuales cuando se trata de trabajadores que devengan más del salario mínimo.

Dignidad y justicia de las condiciones de trabajo: En el aspecto de la remuneración, ésta debe ser proporcional a la cantidad y calidad de la actividad desplegada por el trabajador.

El trabajo como derecho y obligación social: Debe gozar en todas sus modalidades de una especial protección del Estado y además, la persona tiene derecho al mismo en condiciones dignas y justas, lo que constituye uno de los principios fundamentales de nuestro Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran (artículos 1 y 25 CP.).

Fines perseguidos por el nuevo esquema de la seguridad social: el nuevo esquema de Seguridad Social consagrado por el artículo 48 constitucional y desarrollado por la Ley 100 de 1993, en virtud de la cual se crearon las Entidades Promotoras de Salud, las Instituciones Prestadoras de Salud y el Plan Obligatorio de Salud, fijando las nuevas condiciones del Sistema de Seguridad Social, persigue la ampliación de la cobertura del servicio de salud a través de la subordinación laboral o mediante contrato de prestación de servicios profesionales de destacados especialistas de la medicina que han contribuido a la eficiencia, universalidad y solidaridad de la seguridad social en el país.

¹²³ Ibídem

18. DOCTRINA ADICIONAL:

Según lo expresado por la Corte Constitucional. Sala Plena en Sentencia C-106 del 6 de marzo de 1997. M.P.: Dr. Hernando Herrera Vergara, se puede extractar lo siguiente:

“(…) es indudable que el precepto sub-examine se constituye en un principio rector del ejercicio de la actividad médica, indispensable para garantizar la misión del médico dentro del seno de la sociedad, la relación de éste con su paciente, así como la protección frente a actos de terceros ajenos a la relación médico-paciente, que conlleven la explotación comercial o política de dicho servicio. Presupuestos éstos que se encuentran en concordancia con los postulados del Estado social de derecho, la dignidad humana, la defensa y protección de los derechos, así como la prevalencia del bien común”.

De acuerdo con la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión en Sentencia T-146 del 17 de abril de 1996. M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz, se puede extractar lo siguiente:

"El trabajo socialmente productivo es base de la organización política de la sociedad (Preámbulo y artículo 1 C.P.), puesto que permite atender a la subsistencia de las personas que no cuentan con rentas u otra fuente de ingresos distinta a la salarial, y hace viable la convivencia pacífica de los miembros de la población. Para que a través del trabajo puedan lograr las personas unas condiciones dignas de vida, la Constitución prevé una serie de derechos y garantías, como por ejemplo el derecho a la educación, que les permite calificar su fuerza laboral, la libertad de escoger profesión u oficio que las faculta para desarrollar libremente su personalidad y aprovechar de la manera más conveniente sus capacidades, la libertad de asociarse para procurar fines económicos lícitos, y la garantía de un trabajo en condiciones dignas y justas.”

20. DISCUSIÓN CRITICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, SEÑALANDO SUS ACIERTOS Y SUS DEBILIDADES Y SUGIRIENDO LAS LINEAS MÁS FAVORABLES PARA LA EVOLUCION FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA:

La salud es un servicio público, cuya prestación se encuentra a cargo del Estado, éste delega en buena parte a las E.P.S. la prestación de este servicio para que como obligación principal contrate a los profesionales de la medicina idóneos para que presten de manera eficiente dicho servicio y de esta manera garantizar el derecho a la salud que todas las personas les asiste. De lo anterior se desprende, que son las E.P.S. las encargadas de remunerar de manera justa y digna a quienes prestan sus servicios. El pago de estos emolumentos debe hacerse de manera oportuna y se debe recompensar el esfuerzo realizado en contraprestación a la labor ejercida por el galeno. Esta remuneración debe ser mínima, vital y móvil, lo cual significa que el patrono se obliga a cancelar periódicamente el pago del salario acordado. Sin perjuicio de lo anterior, dicha remuneración debe ser reajustada anualmente de acuerdo a la inflación, por cuanto si en cada periodo no se aumenta el salario, implicaría una disminución real de los ingresos de los médicos y en consecuencia un enriquecimiento sin causa por parte del patrono quien recibiría a cambio la misma cantidad y calidad de trabajo a un menor precio.

Así mismo, el Estado Social de Derecho protege de manera especial a la mujer trabajadora, particularmente si es cabeza de familia y con mucha mayor razón si se encuentra en estado de embarazo. Por lo anterior, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cartagena, protegiendo el derecho a la remuneración del trabajo, ordenó a CAPRECOM E.P.S. el pago de los honorarios adeudados a la doctora Yira Luz Castañeda Patiño.

De otra parte, la Corte Constitucional, en revisión del mencionado fallo, expuso que al estar la peticionaria en estado de gravidez riesgosa, con consiguientes peligros para su vida y del que está por nacer, confirma el fallo de instancia y dispone que la situación amerita un examen mucho más riguroso en el estrado judicial acerca de la conducta de los patronos o contratantes de sus servicios por cuanto estos incurrieron en una acción indolente y desconsiderada ignorando los derechos laborales de la afectada y generando una violación inmensa a los postulados del Estado Social de Derecho y a la efectividad de las garantías constitucionales plasmadas en defensa del sector femenino de la población.

1. TIPO DE PROCESO QUE GENERA LA SENTENCIA
DEMANDA (D)

2. NUMERO DE SENTENCIA,:
C – 264/96

3. FECHA DE LA SENTENCIA:
JUNIO 13 DE 1996

4. MAGISTRADO PONENTE:
EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

5. MAGISTRADOS QUE INTEGRARON LA SALA:
CARLOS GAVIRIA DIAZ
JORGE ARANGO MEJIA
ANTONIO BARRERA CARBONELL
EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
JOSE GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO
HERNANDO HERRERA VERGARA
ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO
JULIO CESAR ORTIZ GUTIERREZ
VLADIMIRO NARANJO MESA

6. MAGISTRADOS QUE SALVARON EL VOTO:
NINGUNO

7. MAGISTRADOS QUE ACLARARON EL VOTO:
NINGUNO

8. VOTACIÓN:
9/9

9. ACTOR O ACCIONANTE:

JAIME ALBERTO MIRANDA ARROYO

10. CATEGORÍA A LA QUE PERTENECE:

PERSONA NATURAL (P.N)

11. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

SI

12. INTERNVINIENTES:

JAIME NORBERTO ESCANDON ESPINOZA – REPRESENTANTE
JUDICIAL DEL MINISTERIO DE SALUD.

EDGAR SAAVEDRA ROJAS – REPRESENTANTE DEL TRIBUNAL
NACIONAL DE ETICA MEDICA.

13. PRUEBAS SOLICITADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL:

NO

14. AUDIENCIA PUBLICA:

NO

15. OTRAS PARTICULARIDADES PROCESALES:

La Corte Constitucional se declaro inhibida para pronunciarse respecto de la frase “ en los caso previstos por la ley “ del literal d) del articulo 38 de la Ley 23 de 1981.

16. TEMAS:

SECRETO MEDICO/ETICA MEDICA

SECRETO PROFESIONAL-Facultad del legislador de regularlo

SECRETO PROFESIONAL-Alcance

SECRETO MEDICO

SECRETO MEDICO-Revelación a autoridades judiciales/INFORME
SANITARIO-Restricción en cuanto individualización de paciente
SECRETO MEDICO-Revelación a familiares del paciente
SECRETO MEDICO-Revelación a los interesados cuando esté en
peligro la vida
DEBER DE GUARDAR SECRETO

17. NORMA OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO:

Demanda de Inconstitucionalidad contra los Artículos 37 (parcial) y 38 (parcial) de la Ley 23 de 1981 “Por la cual se dictan normas en materia de ética médica”

ARTICULO 37.- Entiéndese por secreto profesional médico aquello que no es ético o lícito revelar sin justa causa. El médico está obligado a guardar el secreto profesional en todo aquello que por razón del ejercicio de su profesión haya visto, oído o comprendido, salvo en los casos contemplados por las disposiciones legales.

ARTICULO 38.- Teniendo en cuenta los consejos que dicte la prudencia, la revelación del secreto profesional se podrá hacer:

- a) Al enfermo, en aquello que estrictamente le concierne y convenga;**
- b) A los familiares del enfermo, si la revelación es útil al tratamiento;**
- c) A los responsables del paciente, cuando se trate de menores de edad o de personas totalmente incapaces;**
- d) A las autoridades judiciales o de higiene y salud, en los casos previstos por la ley;**

e) A los interesados; cuando por defectos físicos irremediables, enfermedades graves, infecto-contagiosas o hereditarias, se pongan en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia.

18. DECISIÓN EN MATERIA DE CONSTITUCIONALIDAD:

EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA (E.C)

19. ORDEN A LA AUTORIDAD PÚBLICA:

Ninguna

20. TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Problema Jurídico: De acuerdo a las consideraciones efectuadas por el accionante en la demanda, se pueden deducir los siguientes problemas jurídicos:

- Determinar si la revelación de la información médica al paciente constituye violación al secreto profesional
- Determinar si la revelación de la información médica a los familiares del paciente constituye violación al secreto profesional
- Determinar si la revelación de la información médica a los responsables del paciente, cuando se trate de menores de edad o de personas totalmente incapaces, constituye violación al secreto profesional
- Determinar si la revelación de la información médica a las autoridades judiciales o de higiene y salud, constituye violación al secreto profesional
- Determinar si la revelación de la información médica a los interesados, cuando por defectos físicos irremediables, enfermedades graves, infecto-contagiosas o hereditarias que pongan

en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia, constituye violación al secreto profesional

A. DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

En cuanto al primer problema planteado, la Corte dispuso lo siguiente:

“ (...) las revelaciones del médico a su paciente, lejos de significar la violación del secreto profesional, constituyen el cumplimiento del deber mínimo de información al cual está obligado con el objeto de garantizar que de su parte pueda darse un grado adecuado de conocimiento informado. (...)”

Por lo anterior, se puede deducir, que el titular del derecho al secreto profesional es el paciente y las revelaciones que el médico le hace no constituyen violación al secreto médico. Para que lo anterior, se pueda configurar, es necesario que el paciente manifieste su consentimiento de manera idónea, es decir, aceptando o rehusando la acción médica luego de haber recibido la información que el médico ha debido dar con suficiente prudencia.

Teniendo en cuenta el segundo problema jurídico mencionado, la Corte se pronunció de la siguiente manera:

“ El desvelamiento de la información cubierta bajo el manto del secreto profesional a los familiares del paciente, en caso de que ello sea útil para el tratamiento, sólo puede juzgarse correctamente si se distinguen varios supuestos:

Si el estado mental del paciente le permite ser consciente de las implicaciones que acarrea la divulgación de la información, hacer caso omiso de su consentimiento, lesiona su autonomía y viola el deber de sigilo que debe mantener el médico. . No obstante que el descubrimiento de la reserva a los familiares, pueda resultar útil para los fines del tratamiento, el paciente que, bien puede rehusar por entero el tratamiento del mal que lo aqueja, con

mayor razón podrá negarse a una modalidad del mismo que comporte el conocimiento o la intervención de sus parientes próximos(...)"

“ Cuando no es posible o factible obtener el consentimiento del paciente - estado mental anormal, inconsciencia o minoridad -, la revelación a los familiares se torna necesaria para proteger la salud y la vida del paciente y, en sí misma, no representa un quebranto al secreto profesional, pues materialmente los familiares en la relación médico-paciente asumen la representación de este último o agencian sus derechos“¹²⁴

De conformidad con lo anteriormente expuesto, es importante resaltar que no habrá violación al secreto profesional en los siguientes eventos:

Cuando el paciente se encuentre en condiciones aptas para tomar la decisión de autorizar el develamiento de éste a sus familiares. Todo esto en virtud del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad consagrado en la Constitución Política de Colombia.

Cuando el paciente se encuentre en estado mental anormal, inconsciencia o minoridad, la revelación del secreto profesional a los familiares es necesaria para proteger la salud y la vida de éste. Es así, como los familiares asumen la representación y agencian los derechos del paciente.

El tercer problema jurídico fue resuelto por la Corte Constitucional así:

“ La entrega de información médica a los responsables del paciente, cuando se trate de menores de edad o de personas totalmente incapaces, no quebranta el secreto profesional médico.” “ (...) El suministro de las informaciones médicas a los susodichos representantes legales, corresponde al cumplimiento del deber del médico de procurar un consentimiento ilustrado y no puede, por ende, considerarse en modo alguno violación al secreto profesional. De otro lado, las personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, como es el caso del

¹²⁴ Sentencia 264 de 1996, M.P.Eduardo Cifuentes Muñoz, Junio 13 de 1996

menor y del incapaz enfermos, reclaman de la sociedad y de sus parientes próximos el mayor cuidado, y éste no puede darse si sus representantes legales no reciben información de parte del médico tratante. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio del derecho del menor, de acuerdo con su grado de madurez y del "impacto del tratamiento" sobre su autonomía actual y futura, para decidir sobre la práctica de un determinado tratamiento y, al mismo tiempo, sobre la reserva de ciertos datos de su intimidad(...)"¹²⁵

Es necesario resaltar, que con la configuración de la representación legal, no se quebranta el secreto profesional, por cuanto es función primordial de los representantes legales expresar el consentimiento en nombre de sus representados. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que tal representación debe hacerse sin perjuicio del derecho del menor quien dependiendo del impacto del tratamiento y de su grado de madurez podrá dar su consentimiento de acuerdo a su autonomía actual y futura.

La Corte Constitucional, frente al cuarto problema jurídico planteó lo siguiente:

" (...) siempre que la prueba o la diligencia en la que interviene un médico, hubieren sido válidamente ordenadas por un Juez o autoridad competente dentro de un proceso o actuación pública, la presentación del peritazgo o dictamen en cuanto corresponde al cumplimiento de un encargo legal, no puede considerarse violatorio del deber de sigilo.(...)"

" Si se trata de un informe sanitario o epidemiológico, según lo exijan las circunstancias, no será posible, a riesgo de violar el secreto medico, que se individualice al paciente.(...)" " (...) la única forma de no violar el secreto médico, en este contexto, es el de reportar la novedad, sin aludir al dato particularizado." ¹²⁶

Se puede inferir, que no habrá violación al secreto profesional cuando la presentación de un peritazgo o dictamen médico dentro de

¹²⁵ *Ibíd*em

¹²⁶ *Ibíd*em

una actuación procesal haya sido ordenado válidamente por autoridad competente, pues en este caso el médico se encuentra en cumplimiento de un encargo legal. De otra parte, los informes sanitarios o epidemiológicos que emita el médico no podrán hacerse de manera particular individualizando al paciente por cuanto podría acarrear una discriminación al sujeto que padece la epidemia.

Frente al quinto problema jurídico planteado, la Corte Constitucional se pronunció de la siguiente manera:

“ La apertura del secreto a los interesados, "cuando por defectos físicos irremediables, enfermedades graves, infecto-contagiosas o hereditarias, se pongan en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia", indica que el Legislador ha resuelto el conflicto entre la vida y la inviolabilidad del secreto, optando por la primera(...)"

“ Con base en las consideraciones hechas, la Corte declarará la exequibilidad del literal e de la Ley 23 de 1981, bajo el entendido de que la situación a la que se alude objetivamente corresponda a un peligro cierto e inminente y que no exista un medio idóneo distinto para conjurarlo.”¹²⁷

A partir de lo anterior, se puede determinar que no habrá violación al secreto profesional cuando la vida del cónyuge o descendencia del paciente estén en peligro cierto e inminente y no haya modo idóneo distinto para conjurarlo. Es por esta razón, que el legislador resolvió el conflicto dando primacía a la vida y desplazando el valor de la confianza y la inviolabilidad al secreto profesional.

B. DOCTRINA GENERAL:

(...)la Ley 23 de 1981 recogió el denominado "Juramento Hipocrático", consagrado en la Declaración de Ginebra (adoptada en 1948 por la Asamblea General de la Asociación Médica Mundial) que establece la

obligación de guardar y respetar los secretos confiados en razón del ejercicio de la profesión médica(...)"¹²⁸

" (...) la Resolución N° 13437 expedida por el Ministerio de Salud, que establece como derecho del paciente el manejo confidencial y secreto de los informes sobre su historia clínica y la necesidad de su autorización para que tales informes puedan ser conocidos por terceros.(...)"¹²⁹

" (...) La relación médico-paciente, desde el punto de vista jurídico no puede, en este caso, prescindir de los representantes legales del menor o del incapaz(...)"¹³⁰

Es atribuible al legislador la facultad de formular reglas que contribuyan a concretar el alcance, las condiciones y los procedimientos necesarios para asegurar la eficacia y aplicabilidad del secreto profesional.

(...) todo tratamiento, aún el más elemental, debe hacerse con el consentimiento del paciente. Existen, sin embargo, tres casos en los cuales se presenta una excepción a esta regla: 1) cuando el estado mental del paciente no es normal; 2) cuando el paciente se encuentra en estado de inconsciencia y 3) cuando el paciente es menor de edad."¹³¹

La presentación de un dictamen o de un peritazgo cuando han sido ordenadas válidamente por un juez o autoridad competente en un proceso o actuación no puede considerarse violatorio al deber de sigilo por cuanto corresponde al cumplimiento de un cargo legal.

¹²⁷ Ibídem

¹²⁸ Ibídem

¹²⁹ Ibídem

¹³⁰ Ibídem

¹³¹ Ibídem

C. DEFINICIONES DOGMATICAS CREADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Historia Clínica:

“La historia clínica, su contenido y los informes que de la misma se deriven, están sujetos a reserva y, por lo tanto, sólo pueden ser conocidos por el médico y su paciente (Sentencia T-161 de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell).”¹³²

“ Sólo con la autorización del paciente, puede revelarse a un tercero el contenido de su historia clínica (Sentencia T-413 de 1993. M.P. Carlos Gaviria Díaz).”¹³³

“ Levantada la reserva de la historia clínica, su uso debe limitarse al objeto y al sentido legítimos de la autorización dada por el paciente (Sentencia T-413 de 1993. M.P. Carlos Gaviria Díaz).”¹³⁴

“ Datos extraídos de la historia clínica de un paciente, sin su autorización, no puede ser utilizados válidamente como prueba en un proceso judicial (Sentencia T-413 de 1993. M.P. Carlos Gaviria Díaz).”¹³⁵

Secreto Profesional:

“ El secreto profesional, garantizado por la Constitución, asegura la espontaneidad y el ejercicio concreto de la libertad íntima que compromete la parte más centrípeta del yo individual, lo que se traduce en sancionar las revelaciones externas que frustran las experiencias

¹³² Ibídem

¹³³ Ibídem

¹³⁴ Ibídem

¹³⁵ Ibídem

puramente subjetivas que, por ser tales, deben permanecer ocultas.(...)”¹³⁶

“ La estructura del secreto ofrece un cuadro en el que se destaca una persona que confía a un determinado profesional una información que no puede trascender por fuera de esa relación o que le permite conocer e inspeccionar su cuerpo, su mente o sus sentimientos más recónditos, todo lo cual se hace en razón de la función social que desempeña el profesional y a través de la cual se satisfacen variadas necesidades individuales (...)”¹³⁷

“ No puede el Legislador señalar bajo qué condiciones puede legítimamente violarse el secreto profesional (Sentencia C-411 de 1993. M.P. Carlos Gaviria Díaz).”¹³⁸

“ El profesional depositario del secreto profesional está obligado a mantener el sigilo y no es optativo para éste revelar su contenido o abstenerse de hacerlo (Sentencia C-411 de 1993. M.P. Carlos Gaviria Díaz).”¹³⁹

“ En situaciones extremas en las que la revelación del secreto tuviere sin duda la virtualidad de evitar la consumación de un delito grave podría inscribirse el comportamiento del profesional en alguna de las causales justificativas del hecho (C.P. art. 29) (Sentencia C-411 de 1993. M.P. Carlos Gaviria Díaz).”¹⁴⁰

Relación Médico – Paciente:

“ Las revelaciones que el médico hace al paciente, no entrañan violación al secreto médico. El titular del derecho al secreto profesional es el paciente. Las informaciones que el médico suministra al paciente,

¹³⁶ Ibídem

¹³⁷ Ibídem

¹³⁸ Ibídem

¹³⁹ Ibídem

¹⁴⁰ Ibídem

permiten a éste conocer su realidad vital y sólo en estas condiciones podrá eventualmente dar su aprobación consciente a los tratamientos y terapias que indique el primero.(...)”¹⁴¹

“(...)la relación médico-paciente no es de tipo autoritario o paternalista, sino de confianza y se rige por los principios de competencia científica del médico y de consentimiento informado del paciente.(...)”¹⁴²

Consentimiento idóneo:

“(...)El consentimiento idóneo, se presenta cuando el paciente acepta o rehusa la acción médica luego de haber recibido información adecuada y suficiente para considerar las más importantes alternativas de curación.”¹⁴³

Consentimiento Informado:

Es deber del médico informar anticipadamente al paciente y con debida prudencia sobre los riesgos y secuelas del tratamiento. La efectividad del principio de autonomía está ligada directamente a este consentimiento.

21. SALVEDADES PROPIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

La Corte Constitucional declara EXEQUIBLE la frase demandada del artículo 37 de la Ley 23 de 1981, que reza "(...) salvo en los casos contemplados por disposiciones legales", pero sólo en relación con las hipótesis contenidas en el artículo 38 de la misma Ley y con las salvedades que se establecen en los numerales siguientes.

¹⁴¹ Ibídem

¹⁴² Ibídem

¹⁴³ Ibídem

Adicionalmente, declara EXEQUIBLE el literal b) del artículo 38 la Ley 23 de 1981, salvo en el caso de que el paciente estando en condiciones de tomar por sí mismo la decisión de autorizar el levantamiento del secreto profesional médico a sus familiares, se oponga a ello.

De otra parte, declara EXEQUIBLE el literal c) del artículo 38 de la Ley 23 de 1981 sin perjuicio del derecho del menor, de acuerdo con su grado de madurez y del "impacto del tratamiento" sobre su autonomía actual y futura, para decidir sobre la práctica de un determinado tratamiento y sobre la reserva de ciertos datos de su intimidad.

Así mismo, declara EXEQUIBLE la primera frase del literal d) del artículo 38 de la Ley 23 de 1981, salvo cuando se trate de informaciones que el paciente ha confiado al profesional y cuya declaración pueda implicar auto incriminación, y siempre que en los informes sanitarios o epidemiológicos no se individualice al paciente.

Igualmente, se declara INHIBIDA para pronunciarse respecto de la frase "en los casos previstos por la ley" del literal d) del artículo 38 de la Ley 23 de 1981.

Finalmente, declara EXEQUIBLE el literal e) del artículo 38 de la Ley 23 de 1981, bajo el entendido de que la situación a la que se alude objetivamente corresponda a un peligro cierto e inminente y siempre que no exista un medio idóneo distinto para conjurarlo.

22. DOCTRINA ADICIONAL:

Procurador General de la Nación:

"(...) el secreto profesional es en la Carta de 1991 un derecho absoluto, cuya custodia no es optativa sino obligatoria en todo caso". Concluye, entonces, que ni la ley ni la ética pueden fijar el contenido y alcances del

secreto profesional y, por esto, las expresiones " Entiéndase por secreto profesional médico aquello que no es ético o lícito revelar sin justa causa" y "salvo los casos contemplados por disposiciones legales", contenidas en el artículo 37 de la Ley 23 de 1981, son inconstitucionales."¹⁴⁴

En cuanto al artículo 38 de la Ley 23 de 1981, hay que decir que "(...) siendo el paciente el 'dueño' de tal información, por así decirlo, sería viable la revelación del secreto profesional si media lo que se ha dado en llamar el 'consentimiento informado' del enfermo". " En razón de lo anterior, el concepto fiscal solicita la declaratoria de exequibilidad del artículo 38 siempre y cuando "sus prescripciones se apliquen bajo el entendimiento de que en cada una de las cinco causales allí contempladas, interviene el consentimiento del paciente, cuando este lo puede expresar".¹⁴⁵

Ministerio de Salud:

" (...) la inviolabilidad del secreto profesional consagrada en el artículo 74 de la Constitución no puede llevarse al punto de establecer que, en determinados eventos tendentes a "evitar un perjuicio o proteger la salubridad de la comunidad", los profesionales de la medicina no puedan revelar los secretos a ellos confiados (...)"¹⁴⁶

23. DISCUSIÓN CRITICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, SEÑALANDO SU ACIERTOS Y SU DEBILIDADES Y SUGIRIENDO LAS LINEAS MAS FAVORABLES PARA LA EVOLUCION FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA:

Teniendo en cuenta los lineamientos jurisprudenciales planteados por la Corte Constitucional a lo largo del presente fallo, se ha podido determinar que la ética médica es el pilar del cual se desprenden

¹⁴⁴ Ibídem

¹⁴⁵ Ibídem

¹⁴⁶ Ibídem

situaciones concretas dentro de las funciones que los profesionales de la medicina ejercen diariamente. Es así, como el secreto profesional se constituye en un deber legal del médico en aras de proteger la relación médico-paciente. Adicionalmente, dicho deber se encuentra consagrado en la Constitución, garantizando el ejercicio de la libertad íntima de cada persona y evitando que las revelaciones externas sean conocidas por terceras personas a las cuales no les concierne tener acceso a la información exteriorizada. No obstante, existen situaciones extremas en las que la revelación del secreto profesional se hace necesaria en virtud del bienestar general y en ocasiones el del mismo paciente, lo que significa que el secreto profesional no es un deber absoluto sino un deber relativo ya que con el acaecimiento de ciertas situaciones definidas expresamente por la ley se puede dar lugar a su develamiento sin perjuicio de la inviolabilidad del mismo.

El análisis constitucional efectuado por la Corporación se centró en el estudio de los artículos 37 y 38 de la Ley 23 de 1981 mediante la cual se dictaron normas en materia de ética médica, concluyendo que no habrá violación al secreto profesional cuando el médico haga revelaciones directas al paciente, por cuanto estas se hacen necesarias para obtener el consentimiento informado de éste en la toma de las decisiones relacionadas con su salud. De igual forma, la excepción se configura en el evento en que no sea posible obtener el consentimiento del paciente, ya sea por que padece de estado mental anormal, inconsciencia o minoridad, caso en el cual los familiares asumen su representación protegiendo la salud y la vida del familiar afectado.

En el caso en que se presente la figura de la representación legal no habrá lugar a la violación del sigilo profesional, por cuanto el médico debe procurar el consentimiento informado de los representantes quienes tienen la facultad jurídica de tomar decisiones respecto a sus representados.

No puede considerarse violación del sigilo profesional cuando exista una diligencia procesal ordenada por la autoridad competente en la que interviene el médico pues el dictamen que surja de dicha actuación corresponde al cumplimiento de un encargo legal. Adicionalmente, si se trata de un informe sanitario o epidemiológico el profesional de la medicina no podrá individualizar al paciente que sufra de la epidemia a fin de evitar discriminaciones injustas.

El legislador, continuando con las excepciones, dispuso que a los interesados, cuando por defectos físicos irremediables, enfermedades graves, infecto-contagiosas o hereditarias, se pongan en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia, se les podrá informar la situación del paciente a fin de proteger su integridad primando de esta manera la vida sobre el valor de la confianza sin que esto constituya violación al deber de guardar el secreto profesional.

Realizando una interpretación exegética del artículo 74 de la Carta Fundamental, el cual dispone que el secreto profesional es inviolable, se puede deducir que se establece como un deber de carácter absoluto, pero es necesario que el legislador entre a reglamentar y a desarrollar legalmente el tema para que de esta manera se puedan proteger y garantizar valores y derechos que per se son absolutos como lo es el derecho a la vida y la primacía del bienestar general sobre el particular.

En esa medida, la Ley 23 de 1981 en su artículo 38 se encargó de establecer las situaciones excepcionales en las cuales dicho sigilo puede ser revelado. A nuestro parecer, las excepciones legales consagradas y anteriormente mencionadas, en ningún momento van en detrimento de otros valores constitucionales, pues la finalidad de estas es precisamente preservar y velar por la protección de aquellos principios humanos que si tienen el carácter de absolutos y que consecuentemente

priman sobre la inviolabilidad al secreto profesional. Por todo lo anteriormente expuesto, es claro que los preceptos demandados están conformes a la Constitución y en esa medida es necesario que existan dentro del ordenamiento jurídico normas que los desarrollen legalmente.

1. TIPO DE PROCESO QUE GENERA LA SENTENCIA
DEMANDA (D)

2. NUMERO DE SENTENCIA:
C-280/95

3. FECHA DE LA SENTENCIA:
29 DE JUNIO DE 1995

4. MAGISTRADO PONENTE:
JORGE ARANGO MEJIA

5. MAGISTRADOS QUE INTEGRARON LA SALA:
CARLOS GAVIRIA DIAZ
JORGE ARANGO MEJIA
ANTONIO BARRERA CARBONELL
EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
JOSE GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO
HERNANDO HERRERA VERGARA
ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO
VLADIMIRO NARANJO MESA
FABIO MORON DIAZ

6. MAGISTRADOS QUE SALVARON EL VOTO:
NINGUNO

7. MAGISTRADOS QUE ACLARARON EL VOTO:
NINGUNO

8. VOTACIÓN:
9/9

9. ACTOR O ACCIONANTE:

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO

10. CATEGORÍA A LA QUE PERTENECE:

PERSONA NATURAL (P.N)

11. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

SI HUBO

12. INTERNVINIENTES:

El ciudadano Ramiro Borja Avila en defensa de las normas acusadas
Los ciudadanos Ignacio Ruiz Moreno y Rafael Mejía, este último
presentó el escrito extemporáneamente.

13. PRUEBAS SOLICITADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL:

NO HUBO

14. AUDIENCIA PUBLICA:

SI HUBO. Se celebró el 30 de Noviembre de 1994

15. OTRAS PARTICULARIDADES PROCESALES:

Por medio de oficio 256 de 2 de Noviembre de 1994, el Señor
Procurador general de la Nación, Dr. Orlando Vásquez Velásquez,
comunicó su impedimento para conceptuar dentro del proceso, por
haber sido miembro del Congreso de la República durante la tramitación
y aprobación de la Ley 6 de 1991.

16. TEMAS:

TITULO DE IDONEIDAD

ANESTESIOLOGOS-Ejercicio de la profesión

MEDICO-Revalidación del título
EXTRANJEROS-Restricciones laborales
ANESTESIOLOGOS-Plazo para obtener título
COMITE NACIONAL DE EJERCICIO DE ANESTESIOLOGIA

17. NORMA OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO:

Demanda de inconstitucionalidad de los artículos 2; 3; 4; 9, literal b); 10; 11y 15 de la ley 6a de 1991 "Por medio de la cual se reglamenta la especialidad médica de anestesiología y se dictan otras disposiciones."

"Ley 06 de 1991

" Por la cual se reglamenta la especialidad médica de anestesiología y se dictan otras disposiciones"

"ARTICULO 1o. La Anestesiología es una especialidad de la medicina fundamentada en las ciencias biológicas, sociales y humanísticas. Es una especialidad que estudia los principios, procedimientos, aparatos y materiales necesarios para practicar una adecuada anestesia. Además se integra en una forma multidisciplinaria con las otras especialidades médicas en el manejo integral de la salud. El médico especializado en anestesiología y reanimación es el autorizado para el manejo y práctica de esta especialidad.

"PARAGRAFO. Por el riesgo potencial a que están expuestos los pacientes y la permanente exposición a inhalación de gases tóxicos, radiaciones y situaciones de estrés por parte del anestesiólogo se considera la anestesiología como una especialidad de alto riesgo y debe tener un tratamiento laboral especial.

"ARTICULO 2o. Dentro del territorio de la República de Colombia, sólo podrá llevar el título de médico especializado en anestesiología y reanimación y ejercer funciones como tal:

"a) El colombiano de nacimiento o nacionalizado que haya adquirido o adquiera el título en Medicina y Cirugía de acuerdo con las leyes colombianas y que haya realizado posteriormente su entrenamiento en un programa de anestesiología en un hospital universitario o adscrito a una universidad debidamente aprobado y reconocido por los organismos competentes del Gobierno Nacional;

"b) El médico colombiano o extranjero nacionalizado que haya adquirido o adquiriera el título de médico especializado en anestesiología y reanimación en otros país, equivalente al otorgado en la República de Colombia y que esté debidamente diligenciado y aprobado según las disposiciones legales y los tratados o convenios vigentes sobre la materia ante el Gobierno Nacional.

"PARAGRAFO 1. Podrá también ejercer como de médico especializado en anestesiología y reanimación aquél que con anterioridad a la vigencia de la presente ley haya obtenido el título correspondiente otorgado por facultades o escuelas universitarias o refrendado por la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina, (ASCOFAME), legalmente reconocidas por el Estado colombiano.

"PARAGRAFO 2. El médico cirujano que se encuentre realizando su entrenamiento en anestesiología, dentro de un programa aprobado por el Gobierno nacional y respaldado, autorizado y supervisado por el centro universitario y/o la facultad de medicina correspondiente.

"ARTICULO 3o. Los médicos especializados en anestesiología de reconocida competencia que visiten nuestro país en misiones científicas o docentes, como consultores o asesores podrán trabajar como tales por el término de un año con el visto bueno del Ministerio de Salud Pública y a petición especial y motivada en una institución, facultad o centro universitario que legalmente opere en el territorio nacional.

"ARTICULO 4o. Unicamente podrá ejercer como profesional de la anestesiología en el territorio nacional, aquél médico que haya realizado su entrenamiento en posgrado en anestesiología en las facultades de medicina de los centros universitarios legalmente reconocidos por el Gobierno colombiano.

"ARTICULO 5o. Para que los títulos y certificados expedidos en anestesiología por las facultades de medicina de los centros universitarios legalmente reconocidos por el Gobierno Nacional tengan validez, deberán registrarse en los Ministerios de Educación y Salud obteniendo de éste último la correspondiente autorización para ejercer la especialidad en el territorio nacional.

"c) Seguridad social, privadas o de utilidad común y con la remuneración correspondiente al cargo.

"d) Recibir los elementos básicos de trabajo de parte de dichas entidades para lograr adecuadamente la práctica de la Anestesiología y Reanimación.

"PARAGRAFO.- En las entidades en donde no exista clasificación o escalafón para los médicos especializados en Anestesiología y Reanimación, serán nivelados y recibirán una asignación igual a la que reciben profesionales con especialización o quienes desempeñen cargos equivalentes en esa entidad.

"ARTICULO 6o. Los médicos especializados en anestesiología y reanimación deberán inscribirse ante el Servicio Seccional de Salud en donde haya de ejercer la especialidad.

"ARTICULO 7o. De acuerdo con la naturaleza de la anestesiología enunciada en el artículo 1o., el médico especializado en anestesiología y reanimación ejercerá las siguientes funciones:

"a) Asistenciales: Valorando la situación de salud, elaborando el diagnóstico de la anestesiología; planeando, ejecutando y evaluando la atención integral del individuo, la familia y la comunidad;

"b) Docentes: Preparando y capacitando el recurso humano a través de la enseñanza elaborada en los programas universitarios y de educación médica continuada;

"c) Administrativos: En el manejo de las políticas de salud orientadas al desarrollo de la anestesiología. En la dirección de servicios y programas de diferentes complejidad en el área comunitaria, hospitalaria, ambulatoria, docente e investigativa;

"d) Investigativa: Realizando programas y estudios que contribuyan al avance de la tecnología y de la práctica de la anestesiología, de su proyección en otros campos de la salud y en el desarrollo de la especialidad misma.

"ARTICULO 8o. El médico especializado en anestesiología y reanimación al servicio de entidades de carácter oficial, seguridad social, privada o de utilidad común, tendrá derecho a:

"a) Ser clasificado como profesional universitario especializado de acuerdo con los títulos que lo acredite;

"b) Recibir la asignación correspondiente a su clasificación como médico especializado en anestesiología y reanimación o profesional universitario especializado;

"c) Acceder a cargos de dirección y manejo dentro de la estructura orgánica del Sistema de Salud, en instituciones oficiales, de seguridad social, privadas o de utilidad común y con la remuneración correspondiente al cargo;

"d) Recibir los elementos básicos de trabajo de parte de dichas entidades para lograr adecuadamente la práctica de la anestesiología y reanimación.

"PARAGRAFO. En las entidades en donde no exista clasificación o escalafón para los médicos especializados en anestesiología y reanimación, serán nivelados y recibirán una asignación igual a la que reciben profesionales con especialización o quienes desempeñen cargos equivalentes a esa entidad.

"ARTICULO 9o. El ejercicio profesional de la anestesiología y reanimación se cumplirá en todas las circunstancias y lugares en donde el individuo, la familia y los grupos lo requieran en cualesquiera de las siguientes formas:

"a) Ejercicio institucionalizado: El médico especializado en anestesiología y reanimación, cumplirá con las funciones enunciadas en el artículo 7o., vinculado a instituciones del sector de salud y de asistencia social hospitalaria y comunitaria, de carácter oficial, seguridad social y privada y en servicios de salud dependientes de otros sectores;

"b) Ejercicio independiente: El médico especializado en anestesiología y reanimación cumplirá con autonomía las funciones enunciadas en el artículo 7o., vinculados sin relación laboral a instituciones del sector de salud y de asistencia social hospitalaria y comunitaria, de carácter oficial, seguridad social, privada y en servicios de salud dependientes de otros sectores. En relación a los honorarios profesionales producto del ejercicio independiente de la especialidad, las entidades se someterán a las tarifas reglamentadas por la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación SCARE, y el Gobierno Nacional.

"ARTICULO 10. Las instituciones de salud y de asistencia social de carácter oficial, de seguridad social y privada, solamente vincularán médicos especializados en anestesiología y reanimación en el área correspondiente de acuerdo con preceptos establecidos en la presente ley.

"ARTICULO 11. Los cargos de dirección y manejo orgánicamente establecidos en instituciones oficiales, seguridad social, privadas o de utilidad común "relacionados en el área específicas de anestesiología", serán desempeñados únicamente por médicos especializados en anestesiología y reanimación de nacionalidad colombiana.

"ARTICULO 12. Los médicos que no acrediten la especialización en anestesiología pero que ejerzan como anesthesiólogos, deberán obtener su título de especialistas, en un lapso no superior a cinco años a partir de la sanción de esta ley, para seguir desempeñándose como tales.

"ARTICULO 13. Créase el Comité Nacional del Ejercicio de la Anestesiología en Colombia. Este organismo tendrá carácter asesor, consultivo y de control del ejercicio de la práctica de la anestesiología en los diferentes niveles de personal en los aspectos técnicos, normativos y legales en la República de Colombia. El Comité Nacional del Ejercicio de la Anestesiología, estará integrado por:

"a) El Presidente de la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación, SCARE, o su representante;

"b) El Viceministro de Salud o su representante, quien lo presidirá;

"c) El Director de la Superintendencia de Salud o su representante;

"d) El Director de la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina, ASCOFAME, o su representante.

"PARAGRAFO 1. El Comité funcionará de acuerdo con su propio reglamento.

"PARAGRAFO 2. Las funciones del Comité serán:

"a) Ser de consulta obligatoria por parte de cualquier funcionario o entidad pública o privada, siempre que se vayan a dictar disposiciones o se vayan a tomar determinaciones en torno al ejercicio de la anestesiología en el país.

"b) Ser de consulta por parte de cualquier funcionario o entidad pública o privada, siempre que se trate de crear, ampliar o modificar las plantas de personal de entidades hospitalarias en el área de anestesiología;

"c) Velar porque todo aquél que trabaje en la especialidad cumpla con los requisitos mínimos enumerados en la presente ley.

"ARTICULO 14. Se conformarán comités seccionales para el control del ejercicio de la anestesiología a nivel departamental, intendencial o comisarial. Estos comités funcionarán en los departamentos, intendencias o comisarías en donde exista una filial de la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación, SCARE. En aquellos departamentos, intendencias y comisarías donde no exista una filial de la SCARE, el ejercicio de la especialidad estará bajo el control del Comité Nacional. Este comité estará integrado por:

"a) El Presidente de la filial de la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación, SCARE, o su representante;

"b) El Secretario de Salud Departamental o su representante, quien lo presidirá;

"c) Un representante regional de la Superintendencia de Salud.

"PARAGRAFO. Estos Comités funcionarán de acuerdo con los reglamentos aprobados por el Comité Nacional.

"ARTICULO 15. Cuando a juicio del Comité Nacional del Ejercicio de la Anestesiología y de acuerdo a la presente ley, si alguien está ejerciendo la especialidad sin estar facultado para ello, el veto del comité es suficiente para que esta persona sea separada del cargo o se le impida el ejercicio ilegal de la especialidad, sin perjuicio de las sanciones (responsabilidad civil o penal) a que este ejercicio ilegal de la profesión dé lugar.

"ARTICULO 16. Esta ley regirá a partir de la fecha de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias."

18. DECISIÓN EN MATERIA DE CONSTITUCIONALIDAD:

Declara EXEQUIBLE (E) la totalidad de la norma y la INEXEQUIBILIDAD (IE) de la expresión "colombiano de nacimiento o nacionalizado", que aparece en el literal a); y, b) la palabra "nacionalizado" que aparece en el literal c) del mismo artículo 2o.

19. ORDEN A LA AUTORIDAD PUBLICA:

NO HUBO

20. TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Problemas Jurídicos:

- Determinar quienes podrán llevar el título de médico especializado en anestesiología y reanimación.
- Determinar sí un médico no especializado en anestesiología, atendiendo una urgencia está ejerciendo tal especialidad

- Determinar si los médicos especializados (anestesiólogos) en el país ejercen una posición dominante en el mercado.
- Determinar si un extranjero especializado en anestesiología puede ejercer en Colombia válidamente su profesión.

A. DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

Respecto al primer problema jurídico la Corporación expresó:

“En cuanto a llevar el título, es claro, y es además lógico, que sólo puede hacerlo quien lo ha obtenido en las condiciones señaladas por las leyes colombianas.”

Según lo anterior, se puede establecer que el legislador al promulgar las leyes puede señalar condiciones específicas para acceder a una determinada especialidad dentro de la profesión de la medicina. Es por ello, que la Ley 6 de 1991 en su artículo 2 consagra unos requisitos descritos taxativamente para que un médico pueda acceder a dicho título.

Respecto al segundo problema jurídico, a lo largo del fallo, se estableció lo siguiente:

“el médico no especializado que atiende inicialmente una urgencia en anestesiología, no está ejerciendo esta especialidad, en el sentido en que a tal ejercicio se refiere el artículo 2o. al hablar de "llevar el título de médico especializado en anestesiología" y "ejercer funciones como tal".

Además, es claro que cuando el médico general y el odontólogo, dentro de su práctica habitual y ordinaria, aplican anestesia cuya finalidad no es lograr altos niveles de insensibilización, no están ejerciendo la especialidad de la anestesiología, y, por lo mismo, no puede entenderse que el artículo 2o. que se analiza les prohíba tal actividad.”

De lo expuesto anteriormente, se puede concluir que un médico que no esté especializado en anestesiología al atender una urgencia no está ejerciendo tal especialidad por cuanto propende por el bienestar y la salud del paciente en caso de que éste no puede ser atendido por un especialista.

En cuanto al tercer problema jurídico planteado, la Corte dispuso lo siguiente:

No es válida la afirmación sobre la supuesta violación de la libre competencia y la iniciativa privada, consagrada por el artículo 333 de la Constitución. Es inaceptable reducir el ejercicio de la profesión médica a su sola dimensión económica, dejando a un lado su misión humanitaria. Y tampoco es admisible invocar la libre competencia y la libre iniciativa como si solamente se tratara de un negocio encaminado a la obtención de ganancias. Recuérdese que ya hace tiempo, en 1935, la ley 67 de ese año, calificó el ejercicio de la medicina como una "función social" y téngase en cuenta, además, el artículo 1o. de la ley 23 de 1981 que determina los principios sobre los cuales se funda la ética médica:

"La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distinciones de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político y 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".

Por todo lo dicho, hay que concluir que el artículo 2o. se ajusta, en general, a la Constitución.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, se puede deducir que no hay un abuso de posición dominante en el mercado por parte de los anesthesiólogos especializados en el país, por cuanto la norma acusada otorga la posibilidad a las personas que se especializan en el exterior a homologar el título, previo cumplimiento de unos requisitos expresamente señalados por la ley. Además, hay que tener en cuenta

que la medicina cumple una función social y no una actividad comercial y en esa medida debe velarse por la protección integral de la salud y la dignidad de la persona.

En cuanto al cuarto problema jurídico presentado a lo largo del pronunciamiento, se puede esgrimir lo siguiente:

“(...) No existe razón para que solamente los "extranjeros nacionalizados" puedan ejercer tal especialidad. Cualquier extranjero puede hacerlo si tiene un título reconocido en Colombia.(...)”

“(...) no existe una razón para que la ley restrinja así el derecho al trabajo del extranjero, y en particular el que éste tiene al ejercicio de la especialidad mencionada. “(...)el ejercicio de la medicina y de sus especialidades, es un servicio humanitario, que va más allá de rígidos conceptos excluyentes.”

De lo anterior se colige que en caso de excluirse al extranjero que posee el título de anesthesiólogo en concordancia con las especificaciones requeridas en Colombia, se estarían vulnerando las normas constitucionales destinadas a la protección de los extranjeros en Colombia. Es por lo anterior, que la Corporación declara la inexecutable de la expresión **“Colombiano de nacimiento y nacionalizado”** que aparece en el literal a. del artículo segundo de la ley 6 de 1991 y la palabra nacionalizado del literal b. ibídem.

B. DOCTRINA GENERAL:

El artículo 3o. del decreto 412 de 1992 define la urgencia en sus diversas fases, así:

"Artículo 3o. **Definiciones.** Para los efectos del presente decreto, adóptense las siguientes definiciones:

"1. **Urgencia.** Es la alteración de la integridad física y/o mental de una persona, causada por un trauma o por una enfermedad de cualquier

etiología que genere una demanda de atención médica inmediata y efectiva, tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte.

"2. **Atención inicial de urgencia.** Denomínase como tal a todas las acciones realizadas a una persona con patología de urgencia y que tiendan a estabilizarla en sus signos vitales, realizar un diagnóstico de impresión y definirle el destino inmediato, tomando como base el nivel de atención y el grado de complejidad de la entidad que realiza la atención inicial de urgencia, al tenor de los principios éticos y las normas que determinan las acciones y el comportamiento del personal de salud.

"3. **Atención de urgencia.** Es el conjunto de acciones realizadas por un equipo de salud debidamente capacitado y con los recursos materiales necesarios para satisfacer la demanda de atención generada por las urgencias".

C. DEFINICIONES DOGMATICAS CREADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Quien ejerce una profesión:

Ejerce las funciones propias de una determinada profesión quien habitualmente se dedica a ellas y, además, se anuncia como tal. No quien ocasionalmente, y a veces obligado por las circunstancias, realiza un acto que en rigor corresponde, o puede corresponder, a una determinada profesión. La expresión "ejercer una profesión" implica dedicarse a ella, ocuparse en ella habitualmente.

Título de idoneidad:

El título legalmente expedido, prueba la formación académica. Y la facultad del legislador para exigirlo no resulta de abstrusos razonamientos, sino del texto inequívoco de la norma constitucional. La exigencia de títulos de idoneidad, apunta al ejercicio de la profesión, porque es una manera de hacer pública la aptitud adquirida merced a la formación académica.

Revalidación del título:

La revalidación del título obtenido en una universidad extranjera, está expresamente prevista como requisito para el ejercicio profesional, en el artículo 48 de la ley 23 de 1981, que reglamenta lo relativo a la ética médica, así: "El médico egresado de universidad extranjera que aspire a ejercer la profesión en el país, revalidará su título de conformidad con la ley".

21. SALVEDADES PROPIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Se declara EXEQUIBLE el artículo 15 de la ley 6a. de 1991, con la advertencia de que en su aplicación deberá cumplirse el debido proceso, respetando el derecho de defensa de quien sea acusado de ejercer la especialidad sin estar facultado para ello, según lo expuesto en la parte motiva. Además, se advierte que contra la decisión del Comité Nacional del Ejercicio de la Anestesiología procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo

22. DOCTRINA ADICIONAL:

Según Ramiro Borja Avila:

Distinción entre la aplicación de anestesia y la práctica de la anestesiología:

La distinción entre aplicar en determinadas circunstancias la anestesia y practicar la anestesiología es de gran trascendencia, pues los regímenes de responsabilidad para uno y otros caso difieren. No se encuentra en las mismas condiciones un odontólogo o un médico general que aplican anestesia a sus pacientes, con el fin de obtener niveles de insensibilización bajos y que por lo mismo no implican ningún riesgo, que los médicos que necesitan colocar a sus pacientes en niveles altos de

insensibilización que implican un elevado riesgo para su salud y vida, hecho que hace necesaria la intervención de un especialista en este proceso. Así, pues, la ley acusada, a diferencia de lo que opina el demandante, tiende a proteger y salvaguardar la vida y salud de las personas que deben someterse a una intervención que requiera niveles de insensibilización elevados.

De la Sentencia No. C-377/94, del 25 de agosto de 1994, Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía, se puede extractar lo siguiente:

Título de idoneidad:

El título, expedido de conformidad con la propia ley que lo exige, es la prueba, en principio, de la sapiencia de su dueño, o al menos, de que éste cursó unos estudios. Dicho en términos más sencillos: el título legalmente expedido, prueba la formación académica. Y la facultad del legislador para exigirlo no resulta de abstrusos razonamientos, sino del texto inequívoco de la norma constitucional.

La exigencia de títulos de idoneidad, apunta al ejercicio de la profesión, porque es una manera de hacer pública la aptitud adquirida merced a la formación académica. Y, en general, todo ejercicio de una profesión tiene que ver con los demás, no solamente con quien la ejerce.

23. DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, SEÑALANDO SUS ACIERTOS Y SUS DEBILIDADES Y SUGIRIENDO LAS LINEAS MÁS FAVORABLES PARA LA EVOLUCION FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA.

La Corporación al efectuar un análisis sobre la constitucionalidad sobre algunos artículos de la Ley 6 de 1991, la cual reglamenta la especialidad médica de anestesiología, determinó que ésta se ajusta a la Carta Política por lo siguiente:

En primer lugar, hay que tener en cuenta que la profesión de la medicina desarrolla actividades de tipo humanístico, y en esa medida busca ejercer una función social fundamentada en los principios rectores de la ética médica. Esta profesión tiene como fin, cuidar de la salud del hombre, prevenir las enfermedades y busca el perfeccionamiento de la especie humana y el perfeccionamiento de los patrones de vida de la colectividad. En consecuencia, quien ejerce dicha profesión debe ser una persona calificada e idónea que cumpla con los requisitos establecidos en la ley para poder ejercerla válidamente.

De otra parte, y en relación con las normas concretamente demandadas, consideramos que la posición adoptada por la Corte Constitucional fue la adecuada por cuanto esclarece cuestiones tales como quienes pueden ostentar el título de médico especializado en anestesiología y de esta manera ejercer las funciones que se derivan de ésta. Adicionalmente, es pertinente resaltar que el profesional de la medicina, no especializado en anestesiología, puede en un momento dado aplicarla sin que esto constituya que esté ejerciendo tal especialidad, pues en este caso, prevalece la salud y la integridad del paciente y es por esta razón que se califica de urgencia la eventualidad en que realice tal actividad. Además, enaltece la función social a la cual están llamados los médicos dejando a un lado el carácter económico de la prestación del servicio de la salud, y en esa medida se restringe la existencia de una posición dominante en el mercado. Así mismo, dicha ley otorga al médico colombiano o al extranjero nacionalizado la posibilidad de llevar el título de anestesiólogo, siempre y cuando cumpla los requisitos previamente establecidos, excluyendo así a los extranjeros no nacionalizados. Es por lo anterior, que la Corporación declara la inexecutable de tales expresiones, por cuanto pretende proteger y velar por los derechos que constitucionalmente han sido otorgados a quienes ostentan tal calidad garantizando así el derecho al trabajo que les asiste.

De lo expuesto a lo largo de este escrito, se puede concluir que la norma está acorde con la Constitución salvo las expresiones anteriormente mencionadas, las cuales fueron declaradas inexecutable.

1. TIPO DE PROCESO QUE GENERA LA SENTENCIA
TUTELA (T)

2. NUMERO DE SENTENCIA:
T-401/94

3. FECHA DE LA SENTENCIA:
SEPTIEMBRE 12 DE 1994

4. MAGISTRADO PONENTE:
EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

5. MAGISTRADOS QUE INTEGRARON LA SALA:
EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
CARLOS GAVIRIA DIAZ
JOSE GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

6. MAGISTRADOS QUE SALVARON EL VOTO:
JOSE GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

7. MAGISTRADOS QUE ACLARARON EL VOTO:
NINGUNO

8. VOTACIÓN:
2/1

9. ACTOR O ACCIONANTE:
LEOVANI AMADOR BURGOS

10. CATEGORÍA A LA QUE PERTENECE:
PERSONA NATURAL (P.N.)

11. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

NO HUBO

12. INTERNVINIENTES:

NO HUBO

13. PRUEBAS SOLICITADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL:

La Sala Tercera de Revisión Constitucional decidió decretar la práctica de una última prueba siquiátrica a cargo de un experto nombrado por el Instituto de Medicina Legal y diferente de aquél que llevó a cabo la prueba anterior. En Dicha prueba se pidió determinar si el peticionario "padece de 'trastorno antisocial de personalidad ' y si puede o no manifestar libremente su consentimiento para escoger entre los tratamientos previstos para su enfermedad, en este caso entre la diálisis peritoneal y la hemodiálisis".

14. AUDIENCIA PUBLICA:

NO HUBO

15. TEMAS:

DERECHOS DEL PACIENTE-Autonomía/DERECHO A LA SALUD-
Conflictos médico-paciente

RELACION MEDICO-PACIENTE/CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE

DERECHO DEL MEDICO DE REHUSAR ASISTENCIA

TRATAMIENTO MEDICO

16. HECHO OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO:

- Desde el mes de enero de 1991 el señor Leovani Amador Burgos padece una deficiencia renal crónica siendo atendido en la Clínica Sanpedro Claver del I.S.S.

- El médico Muñoz Silva y su paciente reconocen el deterioro de sus relaciones personales a partir de enero de 1993. El médico manifestó que el paciente no ha dado cumplimiento al tratamiento ordenado.
- El médico Muñoz remitió a su paciente explicando previamente al psicólogo que el comportamiento del paciente estaba alterando la prescripción ordenada y poniendo en peligro no sólo su vida, sino la de otros enfermos, debido a que estaba negociando con los elementos sobrantes de su tratamiento de diálisis.
- Los sicólogos determinaron que el paciente padece de trastorno antisocial de personalidad en el que existe una historia de conducta antisocial de personalidad que va de leve a grave, y que es continua y crónica.
- En mayo de 1993, el médico tomó la determinación de cambiar el tratamiento de diálisis peritoneal por el de hemodiálisis, el cual consiste en el filtrado externo de la sangre del paciente en forma exclusivamente intra-hospitalaria.
- El paciente interpuso acción de tutela para proteger su derecho fundamental a la vida. En su opinión, la decisión del médico de cambiarle el tratamiento iniciado 3 años atrás con buenos resultados, fue hecha en forma arbitraria y con un propósito sancionatorio por no haber cumplido con su exigencia relativa al conteo de las bolsas de los líquidos del tratamiento. Al haberle negado el suministro de los medicamentos que requiere para la diálisis peritoneal, el accionante estima que el médico está poniendo en peligro su vida.
- El paciente fundamenta la acción de tutela manifestando que el tratamiento de hemodiálisis desestabilizaría su vida cotidiana y que además éste es un tratamiento mas riesgoso que la diálisis peritoneal. Adicionalmente, expresó que su hermano quien padecía de insuficiencia renal murió al estársele proporcionando el tratamiento de hemodiálisis y que éste también había sido atendido por el Dr. Muñoz.

- Una vez instaurada la acción de tutela el juez 9 Penal del Circuito, solicitó al médico Muñoz Silva que expidiera la fórmula de autorización para que la Clínica San Pedro Claver le suministrara al accionante los implementos y medicamentos requeridos para el tratamiento de diálisis peritoneal ambulatoria. No obstante este mandato, el médico incumplió con lo prescrito por considerar que existía una contraindicación médica que impedía aplicar dicho cambio.
- El médico tratante en su defensa expuso que el tratamiento de hemodiálisis fue prescrito no como sanción sino como mecanismo para proteger la vida del paciente por cuanto éste al sufrir un trastorno mental no se encontraba en condiciones para cumplir con el primer tratamiento formulado (diálisis).
- El Juez de primera instancia solicitó dictamen técnico al Grupo Clínico Forense del Instituto de Medicina Legal sobre la existencia de una contraindicación para el tratamiento de diálisis peritoneal en el caso del paciente Leovani Amador.
- En su informe, el Instituto sostuvo que "la presencia de desordenes de tipo mental en un paciente es contraindicación para la realización de diálisis peritoneal ya que el resultado satisfactorio depende en parte del estricto cumplimiento por parte del paciente". Además, indicó que para un buen resultado de este tratamiento se requiere: 1) un compromiso de estricto cumplimiento de los recambios de líquidos con la frecuencia y la cantidad que le es ordenada, ya que si esto no es así habrá deterioro a largo plazo del paciente; 2) condiciones adecuadas de vivienda, de autocuidado personal, incluyendo en esto el deseo del paciente de cumplir la terapia, 3) que el paciente sea autosuficiente o que tenga a su alrededor personal que le colabore en forma adecuada para sus cambios de líquido diariamente"

- Adicionalmente el informe no descarta la posibilidad de que existan otras razones de tipo administrativo o médico para variar dicho tratamiento.
- El Juzgado 9° Penal del Circuito, en sentencia de 17 de febrero de 1994, resolvió tutelar el derecho reclamado por el peticionario, por cuanto afirmó lo siguiente: El conteo de las bolsas violaba el derecho a la dignidad del paciente, la desconfianza del médico vulneraba el principio de la buena fe, la variación de tratamiento fue un mecanismo sancionatorio y no un análisis ponderado de los hechos, la valoración siquiátrica carece de objetividad y el médico no consulto el cambio de tratamiento a su paciente.
- El juzgado ordenó la entrega de los implementos y medicamentos necesarios para la diálisis peritoneal y el cambio de médico. Además, condenó al Dr. Muñoz por haber incumplido la orden impartida inicialmente por ese Juzgado y ordena proceder conforme al artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.
- El Instituto de Seguros Sociales-Clínica San Pedro Claver impugnó el fallo proferido por el Juzgado 9° Penal del Circuito con base en lo siguiente:
 - a. El médico Muñoz Silva obró con el deber y la pericia que le exigen las normas médicas. El cambio de tratamiento no se debió a un conflicto personal, sino a la existencia de una contraindicación médica, tanto por las características del peritoneo como por el estado de salud mental del paciente.
 - b. La diálisis peritoneal está contraindicada para pacientes con desordenes mentales, la decisión contenida en el fallo de ordenar dicho tratamiento, sin corroborar la salud mental del paciente, es inconveniente.
 - c. El consentimiento del paciente, encaminado a tomar una decisión sobre uno u otro tratamiento, es valido siempre y cuando vaya a producir un resultado similar, pero no cuando una de las

opciones permite una rehabilitación y la otra lleva a poner en peligro la vida de la persona".

- La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó el fallo de primera instancia, mediante sentencia del 7 de abril de 1994, y lo adicionó tutelando, además, el derecho de habeas data, ordenando a la Clínica rectificar el contenido diagnóstico psiquiátrico y psicológico. Adicionalmente oficia a la Dirección del I.S.S. para que disponga de una estricta vigilancia sobre el servicio de Nefrología de la Clínica San Pedro Claver, concretamente respecto del tratamiento del accionante.
- De igual manera, el fallo ordena al Juzgado compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación para que se investigue penalmente el comportamiento del psiquiatra Hernán Montaña Rodríguez, de la sicóloga Carmenza Posada Campo y del médico Jesús Eduardo Muñoz Silva.
- La sala tercera de Revisión Constitucional decide decretar la práctica de una prueba siquiátrica a cargo de medicina legal. El informe concluye que el examinado "no presenta signos ni síntomas de una enfermedad mental protuberante ni de un trastorno de personalidad antisocial ni de otro tipo, que alteren sus facultades mentales y le afecten su capacidad para poder continuar con el tratamiento de diálisis peritoneal, que actualmente recibe".

16. DECISIÓN EN MATERIA DE ACCIÓN DE TUTELA:

CONCEDER PARCIALMENTE (C.P)

17. ORDEN A LA AUTORIDAD PUBLICA:

ORDENAR que por la Secretaría General de esta Corporación, se comunique esta providencia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, en la forma y para los efectos previstos en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

El Instituto de los Seguros Sociales deberá proveer los recursos, tanto médicos como asistenciales, que fueren necesarios para que el señor Leovani Amador Burgos pueda recibir el tratamiento que elija.

Revocar la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en relación con las órdenes impartidas por los jueces de instancia al médico tratante.

18. TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Problemas Jurídicos:

- Determinar si estaba o no el peticionario en condiciones síquicas de manifestar su voluntad sobre el tratamiento.
- Determinar si en caso de disputa entre el médico y su paciente, debida al tipo de tratamiento que debe ser llevado a cabo, puede aquél decidir y prescribir el sistema que considere más adecuado, aún en aquellos casos en los cuales el enfermo no está de acuerdo con la decisión tomada

A. DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

Respecto al primer problema jurídico la Corte consideró lo siguiente:

“(…) Aún existiendo un desequilibrio psicológico de parte del peticionario, a partir del cual se pudiese concluir una agresividad especial contra sus semejantes, ésta no parece ser una razón para excluir al paciente de la posibilidad de opinar acerca del tratamiento que prefiere. El peticionario está capacitado para decidir la suerte de su propio cuerpo y para asumir las consecuencias que su decisión acarree en su estado de salud.”

Además precisó que “(…) de acuerdo con el último informe del Instituto de Medicina Legal, el paciente se encuentra en condiciones mentales aptas para manifestar su voluntad y para seguir el tratamiento de diálisis peritoneal.”

Es claro que el pronunciamiento efectuado por esta Corporación a lo largo del fallo, tiene como fundamento principal la autonomía del paciente. De

esta manera, según los informes aportados durante el proceso, se pudo establecer que el Señor Leovani Amador se encuentra en condiciones síquicas aptas para tomar una determinación acerca del tratamiento que este quiera elegir, a saber, la diálisis peritoneal o la hemodiálisis. En este orden de ideas, la autonomía de la voluntad prevalece sobre otro tipo de principios protegiendo así el derecho fundamental a la libertad.

En cuanto al segundo problema jurídico la Corporación manifestó:

Si el médico se siente incapaz de relacionarse con un enfermo cuyo comportamiento presenta dificultades manifiestas, debe solicitar la ayuda de otro médico o simplemente renunciar al tratamiento, y, de ninguna manera, como sucedió en este caso, acentuar los motivos de la discrepancia por medio de la incomunicación, la humillación o la represalia

“(…) el curso que debe seguir una relación médico-paciente deteriorada por desavenencias temperamentales de una o de ambas partes es el siguiente:

- a) Se trata de una relación de confianza - no de autoridad - regida por los principios de la competencia científica del médico y de consentimiento del paciente. En caso de deterioro de la relación de confianza, ambas partes tienen derecho a deshacer el vínculo;**
- b) en situación de intervención médica extraordinaria - como es el caso del peticionario - la autonomía del paciente adquiere una relevancia especial; cuando se presenta desacuerdo en dicho tipo de relación, el médico debe tener un especial cuidado en no desconocer el principio de autonomía;**
- c) el médico - guiado por una visión exclusivamente asistencialista - adoptó actitudes autoritarias que vulneraron la autonomía y la dignidad del peticionario; no obstante, esta actitud proviene de una tradición médica demasiado orientada hacia el paternalismo y no de una intención malsana del médico y mucho menos de su incompetencia científica**
- d) con dicha actitud, sin embargo, el médico violó el derecho a la autonomía y a la libertad, consagrados en la Carta de derechos (arts. 16 y 28).**

De acuerdo al planteamiento efectuado por la Corte se puede determinar que la relación, médico – paciente puede ser disuelta cuando existan desavenencias de carácter médico o de tipo personal. El profesional de

la medicina de ninguna manera podrá comportarse de manera paternalista, obligando a su paciente a someterse a tratamientos sin consultar su voluntad, vulnerando así el principio de autonomía.

De otra parte, cabe resaltar que el vínculo que surge entre el galeno y doliente, se sustenta en una relación de confianza y no de autoridad, es por este motivo que en el caso concreto al no haberse cumplido el supuesto anterior el paciente está facultado para decidir a cargo de quien va a estar el futuro de su salud.

B. DOCTRINA GENERAL:

La curación es un fenómeno global y complejo que incluye aspectos físicos y síquicos. La profesionalización de la medicina ha conducido a una subestimación del elemento discursivo y simbólico de la relación clínica. La comunicación entre médico y paciente no sólo es importante desde el punto de vista del respeto de la dignidad humana, sino también desde la perspectiva terapéutica. El paciente necesita, además de querer la curación, creer en ella y en la capacidad de la medicina y de su agente para lograrla.

La bioética constata un acuerdo sobre algunos puntos esenciales relativos al tratamiento y al ejercicio médico. En cuanto a lo primero, se considera que todo tratamiento, aún el más elemental, debe hacerse con el consentimiento del paciente. Existen, sin embargo, tres casos en los cuales se presenta una excepción a esta regla: 1) cuando el estado mental del paciente no es normal; 2) cuando el paciente se encuentra en estado de inconsciencia y 3) cuando el paciente es menor de edad.

En relación con el ejercicio médico, se considera que éste se encuentra estructurado a partir de dos principios fundamentales:

- 1) Capacidad técnica del médico
- 2) Consentimiento idóneo del paciente.

La capacidad técnica del médico depende de su competencia para apreciar, analizar, diagnosticar y remediar la enfermedad.

El consentimiento idóneo, se presenta cuando el paciente acepta o rehúsa la acción médica luego de haber recibido información adecuada y suficiente para considerar las más importantes alternativas de curación.

La efectividad del principio de autonomía está ligada al consentimiento informado. La medicina no debe exponer a una persona a un tratamiento que conlleve un riesgo importante para su salud, sin que previamente se haya proporcionado información adecuada sobre las implicaciones de la intervención médica y, como consecuencia de ello, se haya obtenido su consentimiento.

La ley 23 de 1981 (Código de Ética Médica) tiene en cuenta el valor de la autonomía en su artículo 1-1, cuando establece que:

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

El artículo 15 de la ley 23 de 1981, hace alusión al consentimiento del paciente en los siguientes términos:

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

C. DEFINICIONES DOGMATICAS CREADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Autonomía: Toda persona tiene derecho a tomar decisiones que determinen el curso de su vida. Esta posibilidad es una manifestación del principio general de libertad, consagrado en la Carta de derechos como uno de los postulados esenciales del ordenamiento político constitucional (C.P. arts. 13, 16 y 28). Del principio general de libertad emana el derecho específico de la autonomía del paciente que le permite tomar decisiones relativas a su salud.

Principio de información: La información que el médico está obligado a transmitir a su paciente tiene la naturaleza normativa de un principio. No se trata de una norma que sólo puede ser cumplida o no, sino más bien de un mandato que ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes.

Fuerza normativa de los principios constitucionales: Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema

relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa.

Contraindicación: En un sentido estricto, la noción de contraindicación consiste en la existencia de una condición física o mental que anula la recomendación de un determinado tratamiento clínico. En un sentido más amplio, se entiende por contraindicación toda condición que menoscabe los efectos que un determinado tratamiento está llamado a producir.

19. DOCTRINA ADICIONAL

Dworkin: Reconocer el derecho individual de autonomía, hace posible la auto-creación. Permite que cada uno de nosotros seamos responsables de formar nuestras vidas de acuerdo con nuestra personalidad, coherente o incoherente, pero distintiva. Nos permite guiar nuestras vidas en vez de ser guiados para que cada uno de nosotros podamos ser lo que deseamos ser. Permitimos que una persona escoja la muerte en lugar de una amputación, o una transfusión, si ese es su deseo informado, porque reconocemos su derecho a una vida estructurada de acuerdo con sus propios valores.

20. TESIS SALVAMENTO DE VOTO

- Determinar la procedencia de la acción de tutela cuando no hay certeza de la vulneración de derechos fundamentales.
- Determinar si una tutela debe ser admitida cuando la cuestión del debate se centra en la imposición de un tratamiento médico específico.

A. DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

En cuanto al primer problema jurídico, el Magistrado que salvó su voto

expuso lo siguiente:

“(…) si en la hipótesis considerada por el juez constitucional no hay derechos fundamentales en juego o si no existe certeza sobre su efectivo quebranto o peligro, ninguna justificación tiene la tutela. La protección que a la persona pudiera brindar el Estado en semejante evento caería en el vacío. Es decir, resultaría inaplicable el artículo 86 de la Constitución.”

De acuerdo al planteamiento efectuado por el Magistrado José Gregorio Hernández en relación con lo preceptuado en la sentencia, se puede precisar que el sustento jurídico que debe tener la acción de tutela, es la búsqueda de la protección de los derechos fundamentales y en esta medida debe ser utilizada como mecanismo preferente y sumario para protegerlos, de lo contrario, dicha acción debe ser declarada improcedente. Sin embargo, en el caso concreto es clara la violación no solo de algunos derechos fundamentales sino del pilar fundante de la carta, el cuál es la dignidad humana y en esa medida, en nuestro criterio dicha acción si debe ser admitida y por lo tanto reestablecer los derechos que fueron quebrantados.

En cuanto al segundo problema jurídico, el Magistrado que no estuvo de acuerdo con el fallo planteó lo siguiente:

“Considero que conceder una tutela para ordenar al médico que modifique un tratamiento normalmente admitido en el medio científico representa una indebida intromisión del juez en campos que desconoce y, lejos de proteger los derechos del paciente, se corre el peligro de afectarlos por ignorancia, quebrantando de paso el derecho del galeno a que se respete su autonomía profesional y desvirtuando el motivo determinante de la responsabilidad médica.”

Es claro que la Corte Constitucional no debe intrometerse en las decisiones científicas – médicas tomadas por los profesionales de la ciencia, por cuanto no tienen la idoneidad ni el conocimiento suficiente para poder establecer cuál es el tratamiento que se debe imponer en el caso concreto, sin embargo, cuando estas decisiones son tomadas de

manera autoritaria y sin tener en cuenta un consentimiento informado del paciente se incurre en la vulneración directa del principio de autonomía y en esa medida el derecho general y fundamental de la Libertad también se vería afectado.

21. DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, SEÑALANDOS SUS ACIERTOS Y SUS DEBILIDADES Y SUGIRIENDO LAS LINEAS MAS FAVORABLES PARA LA EVOLUCION FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA

Los planteamientos efectuados por la Corporación durante la sentencia, se dirigen a dos ejes centrales, por un lado el consentimiento informado del paciente y la capacidad técnica del médico. Respecto del primer punto, hay que decir, que el doliente como persona humana tiene derecho a conocer precisa y claramente los tratamientos que le serán aplicados para que de esta manera pueda decidir si se rehúsa a aceptarlo o si por el contrario acepta una de las posibilidades dadas por el galeno, las cuales una de ellas puede ser mas agresiva e invasiva que la otra. Adicionalmente, hay que tener en cuenta que el consentimiento del paciente debe ser dado con el pleno uso de sus capacidades y facultades, es por lo anterior, que hay algunas situaciones claras en las cuales no se cuenta con dicho consentimiento, a saber: cuando el estado mental del paciente no es normal, cuando el paciente se encuentra en un estado de inconsciencia y cuando el paciente es menor de edad. En el caso concreto, el médico tratante manifestó que el paciente al cual se le debía aplicar el tratamiento sufría de un desorden mental denominado trastorno antisocial de la personalidad y por lo tanto no estaba en pleno uso de sus facultades limitando así su posibilidad de dar su consentimiento para decidir si prefería su mejoría con el tratamiento de diálisis peritoneal o la hemodiálisis.

Durante el proceso adelantado a través de acción de tutela, se solicitaron pruebas de carácter psiquiátrico y psicológico, para establecer el real estado mental y psicológico del paciente, y de esta manera establecer que validez tenía la decisión del mismo a rehusar el tratamiento de la hemodiálisis. Una vez analizadas las pruebas solicitadas, se comprobó que el estado mental del doliente era normal y en esa medida estaba facultado para dar su consentimiento dándole así primacía a su voluntad que a la del profesional de la medicina.

El Estado en su posición de garante debe propender por la protección de la vida de las personas, esto lo debe hacer mediante la prestación efectiva del servicio de la salud pero de ninguna manera debe interferir en la esfera privada e interna de estas, por lo tanto no debe obligar al enfermo a tomar una determinación en contra de su propia voluntad. De este punto se desprende una controversia de la aplicación entre los principios y las reglas dando origen a una ponderación de los mismos en cada caso concreto, no se puede establecer un criterio general de aplicación por cuanto el Estado en algunos casos debe dar primacía a los principios y en otros dar lugar a la superioridad de las reglas. Corresponde al Estado la interpretación judicial en la búsqueda de un equilibrio entre intereses generales y particulares, de tal manera que ninguno de los dos sea subsumido o minimizado por el otro.

Respecto de la capacidad técnica del médico, se establece que el mismo no puede ejercer funciones de carácter paternalista no autoritaria sobre el paciente, pues la relación debe basarse en la confianza que cuando se quebranta existe la posibilidad de que tal vínculo se disuelva. El galeno, está en la obligación de informar al paciente tanto las consecuencias como los beneficios de un tratamiento determinado a fin lograr un consentimiento informado del doliente. De lo anterior se desprende que la reciprocidad entre ambas partes debe ser ponderada al momento de aplicarse una terapia o de suministrarse un medicamento

dando lugar a la primacía del libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 16 de la Carta Fundamental que consiste en la libertad general que tiene toda persona para actuar o no actuar según su arbitrio, es decir, para adoptar la forma y desarrollo de vida que más se ajuste a sus ideas, sentimientos, tendencias y aspiraciones, sin más restricciones que las que imponen los derechos ajenos y el ordenamiento jurídico.

Es por lo anterior, que la Corte Constitucional ordenó al Instituto de Seguros Sociales, el suministro del tratamiento de diálisis al paciente y le dio la oportunidad de elegir a otro profesional de la medicina para que se encargara del cuidado de su salud dando así primacía al principio de la autonomía de la voluntad.

1. TIPO DE PROCESO QUE GENERA LA SENTENCIA:

TUTELA (T)

2. NUMERO DE SENTENCIA:

T-1384/00

3. FECHA DE LA SENTENCIA:

12 DE OCTUBRE DE 2000

4. MAGISTRADO PONENTE:

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ (Magistrada Ponente E)

5. MAGISTRADOS QUE INTEGRARON LA SALA:

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

CARLOS GAVIRIA DIAZ

JOSE GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

6. MAGISTRADOS QUE SALVARON EL VOTO:

NINGUNO

7. MAGISTRADOS QUE ACLARARON EL VOTO:

NINGUNO

8. VOTACIÓN:

3/3

9. ACTOR O ACCIONANTE:

ANATOILIO JIMENEZ ROMERO

10. CATEGORÍA A LA QUE PERTENECE:

PERSONA NATURAL (P.N)

11. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

NO

12. INTERNVINIENTES:

NO

13. PRUEBAS SOLICITADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL:

NO

14. AUDIENCIA PUBLICA:

NO

15. OTRAS PARTICULARIDADES PROCESALES:

NO

16. TEMAS:

RELACION ENTRE AFILIADO Y E.P.S.
SALUD E INTEGRIDAD FÍSICA

17. HECHO OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO:

- El día 19 de octubre de 1999 el Seguro Social autorizó practicarle una cirugía al paciente ALEXIS JIMENEZ ACOSTA, a fin de tratar una hernia discal (hernia postero-lateral derecha L4-L5).
- El día 21 de octubre se suspendió la cirugía debido a que el Seguro Social le adeudaba la suma de cincuenta millones de pesos (\$50'000.000.00) a la IPS Neurollanos E.A.T., prestadora del servicio. Además, el médico cirujano manifestó que el caso del señor Jiménez no era una urgencia neurológica y que, en tales condiciones no se prestaría el servicio.

- El día 8 de noviembre de 1999, ANATOLIO JIMENEZ ROMERO, padre del señor Jiménez, presentó acción de tutela en contra del Seguro Social y del médico tratante, Donaido Díaz. En su concepto, la conducta de los demandados viola el derecho fundamental de su hijo a la vida.
- En la declaración juramentada el actor señala que considera violados además del derecho a la vida, el derechos a la seguridad social y a la salud de su hijo.
- Mediante oficio del 17 de noviembre de 1999, el Seguro Social informó al juzgado que es cierto lo expuesto por el demandante. Sostiene que la negativa de atender al señor Jiménez no se debe a un hecho del Seguro Social sino a la conducta contractual de NEUROLLANOS E.A.T quien es el único oferente de esa especialidad en la región. La empresa NEUROLLANOS E.A.T, suspendió unilateralmente la prestación de los servicios argumentando una presunta mora en el pago de las obligaciones pecuniarias a cargo del Seguro Social.
- El I.S.S., ofreció como alternativa el traslado del paciente a la ciudad de Bogotá, con la advertencia de que los gastos adicionales que generara el traslado, tales como acompañamiento, deberían correr por cuenta del paciente.
- Mediante sentencia del 23 de noviembre de 1999, la Juez Cuarta Civil del Circuito de Villavicencio dictó sentencia en la que concede la tutela, por cuanto aunque no se encuentra en peligro inminente el derecho a la vida del perjudicado si se le están generando perjuicios de tipo laboral. Por lo anterior, ordenó al Seguro Social adelantar las diligencias necesarias para poder llevar a cabo la cirugía correspondiente dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo.
- El día 26 de noviembre, el Seguro Social presentó recurso de apelación contra la sentencia proferida por la Juez Cuarta Civil del

Circuito solicitando la vinculación al cumplimiento del mismo al Dr. Donaido Díaz y a la firma NEUROLLANOS", pues dicha empresa es la única oferente del servicio que requiere el señor Alexis Jiménez Acosta y, por lo mismo, amenaza la vida y salud del señor Jiménez. Además, señaló que la demanda se dirigió, por igual, al Seguro Social y al Dr. Díaz.

- El 20 de enero de 2000, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, revocó la decisión de primera instancia, estudiando en primer lugar la agencia de los derechos del paciente por parte de su padre concluyendo que éste estaba habilitado para presentar la tutela. En segundo lugar, analizó la violación del derecho a la salud, considerando el Tribunal, que es fundamental cuando pone en peligro la vida o afecta el derecho al trabajo y sostuvo que no existían pruebas de tales amenazas. En tercer lugar, consideró que la conducta de la I.P.S. Neurollanos E.A.T. debe ser objeto de investigación por parte del Tribunal de Ética Médica, ya que dicha entidad no puede jugar con la salud de los usuarios para de esta manera presionar el pago de los servicios atrasados.
- La Corte, le solicitó al Seguro Social que informara si efectivamente se practicó la cirugía al señor Alexis Jiménez. En respuesta de lo anterior el ISS emitió una comunicación el día 7 de junio de 2000 asegurando que el perjudicado fue atendido en el mes de diciembre de 1999 en la Clínica San Pedro Claver de Bogotá. Por lo anterior, la Corporación expresó que se encontraba frente a un hecho superado, por cuanto el motivo que dio origen a la presente acción de tutela ya había sido solucionado sin encontrarse entonces ningún derecho fundamental vulnerado.

18. ORDEN A LA AUTORIDAD PUBLICA:

- Prevenir al Seguro Social, para que se abstenga de volver a incurrir en omisiones como la que motivó la presente acción, pues de hacerlo

se haría acreedor a las sanciones previstas por el Decreto 2591 de 1991, sin perjuicio de las demás responsabilidades.

- Librarse por parte de la Secretaría de la Corte, la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí establecidos

19. TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Problema Jurídico: De acuerdo a las consideraciones efectuadas por el accionante en la demanda, se puede deducir el siguiente problema jurídico:

- Determinar si es admisible que las E.P.S. demoren o nieguen la prestación del servicio quirúrgico requerido por un afiliado, alegando insuficientes recursos financieros, de estructura o de profesionales

A. DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

En cuanto al primer problema planteado, la Corte dispuso lo siguiente:

“(...)no resulta admisible que las E.P.S. demoren o nieguen la prestación del servicio quirúrgico requerido por un afiliado, alegando insuficientes recursos financieros, de estructura o de profesionales.(...)”

“(...)la relación contractual entre la E.P.S. y el afiliado tiene por único objeto establecer la persona obligada en garantizar la atención y definir el conjunto de I.P.S. que están a disposición del afiliado para que la atención sea efectiva. En estas condiciones, la imposibilidad de una E.P.S., por circunstancias ajenas al afiliado, de prestar el servicio asistencial requerido en determinado lugar no puede traducirse legítimamente en denegación del servicio. La E.P.S. está en la obligación de garantizar el servicio, se repite, y, por lo tanto, deberá disponer el traslado del afiliado al lugar en el cual pueda recibir la atención requerida.”

“(...) los problemas que se deriven de la situación contractual entre la E.P.S. y las I.P.S., por intermedio de las cuales se preste la atención a la salud de los

afiliados, no pueden afectar los derechos de éstos ni de sus beneficiarios, ni puede ser aducida como pretexto para eludir la prestación directa del servicio (...)"

"(...) debe precisarse que no toda demora en la atención implica este trato, como cuando ello es el resultado de establecer turnos de atención dentro de términos razonables, cuando sean necesarias gestiones administrativas (caso de tratamientos en el exterior), o cuando razones científicas lo aconsejan. En todo caso, se exige suministrar suficiente información sobre los procedimientos a los pacientes."

De lo anterior se puede establecer que la E.P.S está en la obligación de garantizar la prestación del servicio requerido y si por alguna razón dicha entidad se encuentra en incapacidad de prestarlo no puede válidamente denegar el servicio.

Los problemas que se susciten entre la E.P.S. y las I.P.S. no pueden afectar los derechos de los afiliados ni de sus beneficiarios pues ante todo se debe garantizar la prestación del servicio sin aducir excusas referentes a la escasez de recursos financieros, de estructura o de profesionales.

B. DOCTRINA GENERAL:

- La Ley 100 de 1993 establece que "(...)la relación contractual entre la E.P.S. y el afiliado tiene por único objeto establecer la persona obligada en garantizar la atención y definir el conjunto de I.P.S. que están a disposición del afiliado para que la atención sea efectiva. En estas condiciones, la imposibilidad de una E.P.S., por circunstancias ajenas al afiliado, de prestar el servicio asistencial requerido en determinado lugar no puede traducirse legítimamente en denegación del servicio. La E.P.S. está en la obligación de garantizar el servicio, se repite, y, por lo tanto, deberá disponer el traslado del afiliado al lugar en el cual pueda recibir la atención requerida."

- “Una interpretación estrecha y formalista de la Constitución no tiene en cuenta la función de los derechos fundamentales como límites a las actuaciones u omisiones del Estado. El derecho a la salud (CP art. 49), cuando su vulneración o amenaza compromete otros derechos fundamentales como la vida, la integridad o el trabajo, goza de carácter fundamental y es susceptible de ser protegido por vía de la acción de tutela.”
- “Una lesión que ocasiona dolor a la persona y que puede ser conjurada mediante una intervención quirúrgica, se constituye en una forma de trato cruel (CP art. 12) cuando, verificada su existencia, se omite el tratamiento para su curación. El dolor intenso reduce las capacidades de la persona, impide su libre desarrollo y afecta su integridad física y psíquica. La autoridad competente que se niega, sin justificación suficiente, a tomar las medidas necesarias para evitarlo, omite sus deberes, desconoce el principio de la dignidad humana y vulnera los derechos a la salud y la integridad física, psíquica y moral de la persona.”
- “La expedición de la Ley 100 de 1993 trajo una radical transformación del mercado de salud en Colombia. Por efecto del nuevo régimen de seguridad social, la relación contractual directa entre pacientes y médicos se ha transformado con la aparición de fuertes entidades financieras - empresas promotoras de salud y aseguradoras -, que ejercen función de intermediación entre los usuarios del servicio de salud y los prestadores de la atención médica.”

C. DEFINICIONES DOGMATICAS CREADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Función de la tutela: la tutela no es un trámite administrativo o un requisito previo, el cual deba cumplirse con el fin de lograr la atención en

salud. La tutela es un remedio judicial contra la arbitrariedad y la violación de derechos fundamentales de los colombianos.

Consecuencias de la negativa a la impartición de una orden médica:

La autoridad competente que se niega a impartir una orden médica a una persona afectada física y psicológicamente por una lesión puede, en ciertos casos, vulnerar el derecho a la salud y a la integridad física, psíquica y moral.

Explotación al personal médico: constituye una explotación al personal médico que las E.P.S. o las I.P.S. no les garantice una adecuada remuneración, actuación que supone una violación a los derechos de los médicos, definidos en la Ley 23 de 1981.

20. DOCTRINA ADICIONAL:

La Corte, al estudiar la constitucionalidad del numeral 7° del artículo 1 de la Ley 23 de 1981, señaló que:

“(…) el trabajo o servicio del médico sólo beneficiará a quien presta el servicio de salud y a quien lo recibe, pero nunca a terceras personas ajenas a la relación médico-paciente que pretendan explotar comercial o políticamente el mismo. No es cierto que al haberse adoptado el Sistema General de Seguridad Social de Salud, el precepto acusado, contenido en el Código de Ética Médica haya perdido vigencia. Por el contrario, frente a un régimen como el contemplado en la Ley 100 de 1993, se hace imperioso garantizar no sólo el derecho del médico a recibir una contraprestación digna y justa como resultado de la actividad profesional, sino la protección de este frente a terceras personas que pretendan explotarlo comercial o políticamente.”

21. DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, SEÑALANDO SUS ACIERTOS Y SUS DEBILIDADES Y SUGIRIENDO

LAS LINEAS MAS FAVORABLES PARA LA EVOLUCION FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA:

El servicio público de la seguridad social, debe ser prestado por el Estado en cumplimiento de los principios constitucionales de la igualdad material, desarrollando así, los pilares del Estado social de Derecho. Dicho servicio público tiene como sustento normativo no solo los artículos 48, 49, 11, 366 de la carta sino también las leyes, decretos, resoluciones y acuerdos que lo reglamenten los cuales deben estar encaminados a proteger los derechos constitucionalmente consagrados y la optimización de la prestación del servicio.

El servicio debe ser prestado a través de las E.P.S. quienes deben proteger de manera inmediata el derecho a la salud que tienen todas las personas sin perjuicio de los problemas contractuales que puedan presentarse entre tales entidades y las I.P.S. Por lo anterior, en ningún caso podrá ser denegado el servicio alegando escasez de recursos financieros, de estructura o de personal porque se incurriría en la violación a los derechos de los afiliados y su beneficiarios. Adicionalmente se constituye como obligación para las E.P.S. garantizar la prestación del servicio de manera eficiente y en cumplimiento de los principios de universalidad y solidaridad.

En el caso concreto, el padre del afectado instauró una acción de Tutela, solicitando la protección del derecho a la vida, por cuanto su hijo requiere de una operación a fin de tratar una hernia discal afectándolo en su vida cotidiana y en especial en su vida laboral. Una vez autorizada la cirugía, el médico manifestó que la operación sería suspendida, debido a que el Seguro Social le adeudaba la suma de \$50,000,000 a la I.P.S. NEUROLLANOS, quien era la prestadora del servicio. Con base en lo anterior, la Corporación confirmó el fallo de la primera instancia, en el sentido en que debía ser practicada la cirugía para evitar la violación

de los derechos fundamentales invocados por el accionante. Así mismo estableció que los problemas internos entre las entidades promotoras y prestadoras de salud, de ninguna manera pueden afectar al afiliado a quien se le debe garantizar la prestación efectiva del servicio público de la salud.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte Constitucional solicitó previamente al Seguro Social que le informara si al afectado se le había practicado la intervención quirúrgica requerida, siendo contestada por la Clínica San Pedro Claver, confirmando que efectivamente tal intervención había sido practicada en el mes de diciembre de 1999. lo anteriormente expuesto, dio origen a la presencia de un hecho superado y en esa medida, no hay orden que dar a la E.P.S. por parte de la Corporación, por cuanto el objetivo fundamental de la acción de tutela es la protección efectiva e inmediata de los derechos constitucionales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular. En este caso, la situación que dio origen al ejercicio de la acción ya ha sido solucionada.

1. TIPO DE PROCESO QUE GENERA LA SENTENCIA
SENTENCIA DE UNIFICACIÓN (S.U)

2. NUMERO DE SENTENCIA:
S.U. 337/99

3. FECHA DE LA SENTENCIA:
12 DE MAYO DE 1999

4. MAGISTRADO PONENTE:
ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

5. MAGISTRADOS QUE INTEGRARON LA SALA:
VLADIMIRO NARANJO MESA
JOSE GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO
CARLOS GAVIRIA DIAZ
FABIO MORON DIAZ
ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO
ANTONIO BARRERA CARBONELL
ALFREDO BELTRÁN SIERRA
MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

6. MAGISTRADOS QUE SALVARON EL VOTO:
NINGUNO

7. MAGISTRADOS QUE ACLARARON EL VOTO:
NINGUNO

8. VOTACIÓN:
9/9

9. ACTOR O ACCIONANTE:

En virtud del principio de publicidad esta sentencia fue publicada pero se suprimió la identidad del accionante debido a la complejidad del asunto con el fin de armonizar el derecho a la intimidad de la peticionaria con los intereses de la justicia.

10. CATEGORÍA A LA QUE PERTENECE:

PERSONA NATURAL (P.N.)

11. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

NO HUBO

12. INTERVINIENTES:

- Médico tratante
- Academia Nacional de Medicina
- Facultades de Medicina de las Universidades Nacional, Javeriana y Rosario
- Departamentos de Psicología de las Universidades Nacional, Andes y Javeriana
- Sociedad Colombiana de Psicología
- Sociedad Colombiana de Psiquiatría
- Directora del ISNA (Intersex Society of North America)
- Gustavo Malo Rodríguez en Representación de la Sociedad Colombiana de Urología
- Bernardo Ochoa Arismendy, Primera Autoridad Científica en Colombia sobre la ambigüedad genital.

13. PRUEBAS SOLICITADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL:

El tribunal a quien correspondió el estudio de la presente acción adelantó las pruebas que juzgó pertinentes, a saber:

- Declaración de la solicitante, del médico tratante y de la trabajadora social responsable del caso.
- Ordenó que el ISS enviara copia de todos los estudios médicos que se hubieran practicado a la menor, por lo cual esa entidad remitió copia de la historia clínica.

Todas esas pruebas se encuentran incorporadas en el presente expediente y serán tomadas en cuenta por la Corte Constitucional, en lo pertinente, en los fundamentos jurídicos de esta sentencia.

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, por medio de auto del 18 de septiembre de 1997, formuló un cuestionario científico dirigido al médico tratante, a la Academia Nacional de Medicina y a las facultades de medicina de las universidades Nacional, del Rosario y de la Javeriana.

La Sala Plena de la Corte Constitucional solicitó a la Sociedad Colombiana de Urología su intervención en el caso concreto. Adicionalmente, solicitó concepto del Doctor Bernardo Ochoa Arismendy por cuanto es la primera autoridad científica en Colombia sobre la ambigüedad genital.

14. AUDIENCIA PUBLICA:

NO HUBO

15. TEMAS:

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DEL PROCESO-Armonización con la intimidad del menor y su familia/SENTENCIA DE REVISION DE TUTELA-Publicidad parcial para el caso

SENTENCIA DE REVISION DE TUTELA-Supresión de identificación del menor y progenitora/EXPEDIENTE DE TUTELA-Absoluta reserva para el caso

HERMAFRODITISMO /PSEUDOHERMAFRODITISMO MASCULINO-
Complejidad del asunto
MEDICINA-Tensiones éticas y jurídicas
PRACTICA MEDICA-Principios esenciales
CIENCIA MEDICA-No es impermeable a la ética ni al derecho
AUTONOMIA DEL PACIENTE-Prevalencia
CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE-Pluralismo y
dignidad
CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE-Intervenciones
experimentales
AUTONOMIA DEL PACIENTE-Prevalencia no es absoluta
CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE-Características
CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE-Exigencias
cualificadas
AUTONOMIA DEL PACIENTE-Grado que se debe tener para aceptar o
rechazar un tratamiento
TRATAMIENTO MEDICO DE LOS NIÑOS-Decisiones por padres y
tutores
AUTONOMIA DEL PACIENTE MENOR DE EDAD-Contenido
CONSENTIMIENTO SUSTITUTO-Problemas jurídicos
TRATAMIENTO MEDICO DE LOS NIÑOS-Alcances y límites de las
posibilidades de decisión de los padres
PRINCIPIOS DE AUTONOMIA Y BENEFICENCIA DEL PACIENTE-
Ponderación
SEXUALIDAD-Dimensiones sociales y psicológicas
ESTADOS INTERSEXUALES-Clasificación
HERMAFRODITAS Y PSEUDOHERMAFRODITAS-Distinciones
ESTADOS INTERSEXUALES Y AMBIGUEDADES GENITAL EN EL
INFANTE
TRATAMIENTO MEDICO DE LA AMBIGÜEDAD SEXUAL-Fundamentos
y características
HERMAFRODITAS-Intervenciones médicas tienen un impacto decisivo

en la identidad sexual del paciente/DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL-Contenido/DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL-Contenido

HERMAFRODITAS-Intervenciones hormonales y quirúrgicas/CONSENTIMIENTO INFORMADO CUALIFICADO DEL PACIENTE-Intervenciones hormonales y quirúrgicas

PRIVACIDAD DEL HOGAR-Interferencias judiciales

CONSENTIMIENTO SUSTITUTO PATERNO-Límites

FAMILIA-Privacidad médica

CONSENTIMIENTO INFORMADO DE PACIENTE MENOR

HERMAFRODITA-Inexistencia de evidente riesgo contra la vida si no se practica operación

CONSENTIMIENTO INFORMADO DE PACIENTE MENOR

HERMAFRODITA-Edad

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-Coordinación de equipo interdisciplinario para acompañar a la menor y su madre respecto a cirugía y tratamientos hormonales

16. NORMA OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO:

NO HUBO

17. HECHOS OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO:

- El 14 de Octubre de 1990 nació la menor N.N. y quien atendió el parto señaló que se trataba de una niña.
- En 1993, la menor fue sometida a un examen pediátrico y se diagnosticó que sufría de SEUDOHERMAFRODITISMO MASCULINO recomendándose un tratamiento quirúrgico que consiste en la readecuación de los genitales por medio de la extirpación de las gónadas y la plastia o remodelación del falo, de los labios y de la vagina.
- El médico tratante de la menor, perteneciente al I.S.S., estableció que la intervención quirúrgica es prioritaria y que era necesario

realizar la cirugía antes de que la niña llegara a la pubertad.

- Los médicos del ISS se niegan a practicar la intervención quirúrgica, pues consideran que, según lo establecido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la decisión debe ser tomada por la propia menor, y no por su madre.
- La madre, quien ejerce la patria potestad sobre la menor, pues, el padre falleció, interpone la acción de tutela a fin de que se autorice la intervención quirúrgica. Según su criterio, su "hija es una menor y no puede tomar decisiones por ella misma y si esperamos a que ella tenga capacidad para decidir, ya será demasiado tarde y su desarrollo psicológico, fisiológico y social no será normal."
- En la acción de tutela, la madre solicita al juez de tutela autorizar la intervención quirúrgica y el tratamiento médico que como consecuencia de la cirugía requiera la menor. Considera entonces, que a su hija le están siendo vulnerados sus derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la protección especial a la niñez. Además solicita que el presente trámite judicial no sea publicado en virtud de la protección al derecho a la intimidad de la niña N.N. según los artículos 25, 300 y 301 del Código del Menor.
- La Corte accedió a guardar reserva sobre la identidad de la menor, de la madre, del médico tratante, del lugar de los hechos y del Juzgado que resolvió el caso.
- La acción de tutela fue dirigida contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Defensoría del Pueblo por considerar la accionante, que el Estado estaba representado en este caso por tales entidades.
- El 17 de Abril de 1997, el Tribunal emitió fallo aclarando que el I.C.B.F y la Defensoría del Pueblo no han vulnerado derecho fundamental alguno por cuanto en nada han tenido que ver con el tratamiento de la menor. De la acción de tutela se puede deducir que a petición del I.S.S., la accionante está buscando la autorización de un organismo judicial para realizar la intervención. El fallo concluye

precisando que los jueces carecen de competencia para proferir tales autorizaciones pero consideró necesario efectuar un análisis para determinar si la madre puede dar tal autorización o si el I.S.S. puede practicar la cirugía sin ella.

- El Tribunal de conformidad con lo establecido en el fallo de tutela T-477 de 1995 de la Corte Constitucional, concluye que la madre no puede autorizar la operación, pues sólo la propia persona puede tomar esa determinación. Además concluye, que la vocación sexual de la menor no puede determinarse aún por cuanto en algunos aspectos se comporta como hombre y en otros como mujer. En esa medida, la afinidad sexual es un hecho inherente al libre desarrollo de la personalidad dando la posibilidad a la menor de escoger el género al cual quiera pertenecer. Con base en tales razones, el tribunal negó la tutela.
- Dos de las Magistradas del Tribunal aclararon su voto, arguyendo que la acción de tutela debe ser dirigida directamente contra el vulnerador de los derechos fundamentales invocados por la accionante, en el caso concreto, el I.S.S. el cual debió haber sido citado durante el trámite de la acción ya que ha sido esta entidad la que se ha negado a llevar a cabo el procedimiento quirúrgico solicitado
- La anterior decisión no fue impugnada y el fallo fue remitido a la Corte Constitucional para su eventual revisión. El expediente fue entonces seleccionado y repartido por la Sala de Revisión Cinco, por medio de auto del 21 de mayo de 1997.
- La Corte Constitucional determinó que la acción de tutela estaba viciada de nulidad, por no haberse dirigido la presente acción contra el I.S.S. y el médico tratante de la menor, pues en caso de que ésta prosperara, la orden judicial debía dirigirse a los directamente implicados en el tratamiento de la paciente. Adicionalmente establece que tal vicio puede ser saneado siempre y cuando los afectados se allanen y permitan la continuación de trámite. Es por lo

anterior, que la Sala Séptima de Revisión ordenó que se informara al I.S.S. y al médico tratante sobre la existencia de la acción de tutela señalándoles un término de tres días para alegar la nulidad y que de no hacerlo esta quedaría saneada. La nulidad quedó saneada por cuanto el I.S.S. solicitó de manera expresa la continuación del trámite judicial para definir la procedencia o no de las intervenciones, así mismo el médico no alegó el vicio.

- De las pruebas solicitadas por la Corte se recibieron detallados conceptos tanto de las entidades como del médico tratante sobre los cuales esta Corporación fundamentó su decisión.
- El 16 de octubre de 1997, dictó un auto a fin de completar el material probatorio necesario para la decisión, solicitando a las entidades investigadoras responder de nuevo el cuestionario teniendo en cuenta las críticas realizadas por el ISNA (Intersex Society of North America) pero algunas de ellas se abstuvieron de responderlo indicando que en el informe anterior habían ofrecido el conocimiento que tienen del tema y que no contaban con información adicional. Algunas de las que si contestaron nuevamente el cuestionario se mostraron molestas por cuanto consideraron que se les estaba involucrando en un proceso jurídico al cual no estaban formalmente vinculadas.
- En auto del 16 de octubre de 1997, y teniendo en cuenta que las intervenciones médicas tendían a justificarse por razones psicológicas y psiquiátricas, la Sala consideró necesario escuchar los criterios de los profesionales de estas áreas, por lo cual envió un cuestionario sobre el tema a la Sociedad Colombiana de Psicología, a la Sociedad Colombiana de Psiquiatría, y a los departamentos de psicología de la Universidad Nacional, de la Universidad de los Andes y de la Universidad Javeriana.

Teniendo en cuenta la importancia del asunto, así como la necesidad de

sistematizar la doctrina constitucional sobre el problema del consentimiento informado en los tratamientos médicos, y en especial en el caso de los menores, la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió conocer directamente del presente caso.

18. ORDEN A LA AUTORIDAD PUBLICA:

Para salvaguardar la publicidad del proceso, la Secretaría de la Corte Constitucional, con la colaboración del despacho del magistrado ponente, procederá a copiar las pruebas científicas más relevantes del expediente, siempre y cuando éstas no permitan identificar a la peticionaria. Estos documentos serán reunidos en un archivo que podrá ser consultado en la sede de la Corte Constitucional por cualquier persona interesada en el tema.

Se ordenó constituir un equipo interdisciplinario que atienda su caso y brinde el apoyo psicológico y social necesario a la menor y a la madre. Los servicios médicos específicos deberán ser brindados por el ISS y corresponde al ICBF (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar) coordinar el equipo interdisciplinario, que debe incluir no sólo profesionales de la medicina sino también un sicoterapeuta y un trabajador social, que deberá acompañar a la menor NN y a su madre en todo este proceso. A este equipo corresponderá entonces establecer cuando la menor goza de la autonomía suficiente para prestar un consentimiento informado para que se adelanten las cirugías y los tratamientos hormonales, obviamente si la paciente toma esa opción.

Notificar esta sentencia a la Academia Nacional de Medicina, a la Sociedad Colombiana de Urología y a las facultades de medicina oficialmente reconocidas, a la Defensoría del Pueblo y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, al Ministerio de Salud.

Ordenó librar las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, precisando que el Juzgado XX notificará personalmente esta sentencia a la madre de la peticionaria NN, pero con la debida prudencia para proteger la intimidad y privacidad del hogar.

19. TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Problema Jurídico: De acuerdo a las consideraciones efectuadas por el accionante en la demanda, se pueden deducir los siguientes problemas jurídicos:

- Determinar si en una acción de tutela en virtud de la protección de la intimidad del accionante se puede solicitar que el trámite judicial no sea publicado
- Determinar si la Corte Constitucional es competente para regular las cuestiones académicas y científicas referentes a temas médicos.
- Determinar si los titulares de la patria potestad o los representantes de los menores, pueden o no autorizar sin el consentimiento del menor una intervención médica y quirúrgica destinada a la readecuación del sexo del infante después de que le ha sido diagnosticado una forma de ambigüedad sexual, siempre y cuando no esté en peligro de muerte.

A. DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

En cuanto al primer problema planteado, la Corte dispuso lo siguiente:

“(...) Los procesos judiciales deben ser públicos. . La protección del sosiego familiar de la peticionaria no puede entonces llevar a la prohibición de la publicación de la presente sentencia, o a la total reserva del expediente, por cuanto se estarían afectando de manera desproporcionada el principio de publicidad de los procesos y la propia función institucional de esta Corte Constitucional. Es pues necesario armonizar la protección de la intimidad de la peticionaria con los intereses generales de la justicia, por lo cual esta Corporación concluye que la única determinación razonable es la siguiente: de

un lado, y con el fin de amparar la intimidad, en la sentencia se suprimen todos los datos que puedan permitir la identificación de la menor o de la peticionaria, lo cual explica no sólo que no aparezcan sus nombres ni el de su médico tratante sino que, además, se haya eliminado la referencia al lugar de los hechos y la denominación del juez de tutela que inicialmente decidió el caso.(...)”

De lo anterior, se puede establecer que por la complejidad del asunto y las consecuencias futuras que se puedan desprender, es necesaria la reserva tanto de la identidad del accionante, la de la menor involucrada y la del médico tratante como de los lugares y autoridades judiciales donde se desarrollaron los hechos. Esto para prevenir que los medios de comunicación tomen reacciones sensacionalistas que afecten la intimidad y un futuro rechazo de la menor y de su madre.

Es necesario precisar que la publicación de la sentencia debe efectuarse teniendo en cuenta los criterios anteriormente mencionados, por cuanto ésta, permitirá a los jueces conocer los criterios de la Corte en la materia y así poder adoptar la doctrina general en los casos concretos que en el futuro deban ser resueltos. Adicionalmente, los interesados podrán consultar la información científica y jurídica que durante el análisis de este caso fue recolectada y que obra dentro del expediente.

Sin embargo cabe anotar, que el principio de publicidad no puede omitirse totalmente por cuanto se estarían quebrantando las garantías tanto procesales como de justicia evitando la armonización entre estas y el caso concreto.

Es un hecho notorio que absolutamente todas las personas gozan del derecho a la intimidad y a disfrutar de una vida familiar sin injerencias indebidas de los otros según lo establece el artículo 15 de la Carta Fundamental.

Así mismo, el artículo 86 ibídem establece que la acción de tutela ha sido instituida con el fin de proteger los derechos fundamentales, por lo

cual resultaría desproporcionado que en la ejecución de la sentencia de tutela, el accionante termine siendo afectado en alguno de sus derechos fundamentales por haber solicitado la protección de otros de los mismos derechos. Así en el caso concreto, la peticionaria solicita la reserva total del sumario con la finalidad de la protección futura de los derechos a la intimidad y a la vida familiar dando esto origen a la posible violación a otro derecho de rango constitucional, el debido proceso, que contiene el principio de publicidad. En este sentido, la Corte armoniza el problema jurídico planteado publicando el fallo pero excluyendo de este las identidades de los afectados, de algunas personas que intervinieron en el mismo y de los lugares donde se desarrollaron los hechos.

En cuanto al segundo problema jurídico planteado a lo largo del fallo, la Corporación estableció lo siguiente:

“ (...) la Corte insiste en que el punto central de la presente decisión es fundamentalmente jurídico y ético, ya que, como se verá, las objeciones a los actuales tratamientos médicos de la ambigüedad genital no se fundan en discusiones sobre la superioridad técnica de un tratamiento sobre otro, aspecto que no compete decidir a los jueces, sino sobre la posible afectación de principios que tienen raigambre constitucional. En efecto, debe precisarse que no compete a esta Corporación, autorizar o denegar "a priori" la práctica de intervenciones quirúrgicas en situaciones de ambigüedad genital, de manera general. Por consiguiente, el motivo por el cual esta Corporación entra a examinar el caso concreto recae específicamente en la posibilidad de un daño eventual e injustificado de los derechos fundamentales de una menor, ante una aparente omisión médica, y en la posibilidad de que la intervención quirúrgica objeto del debate sea desarrollada sin el debido consentimiento informado de los afectados. Por ende, es perfectamente natural que esta situación suscite debates constitucionales, que corresponde a esta Corte analizar y decidir.”

“ La Corte aclara que no resolverá ni mediará en un debate científico, pues se debe proteger la autonomía de la comunidad científica, y en especial del estamento médico, para evaluar los resultados de sus tratamientos y de sus investigaciones, sino que, además, en general los jueces carecen de la formación académica específica para poder llegar a conclusiones claras en estos debates

científicos. Por ello, esta Corte ha señalado que en principio no le compete entrar a dirimir controversias académicas o científicas¹³². Sin embargo, como en el presente asunto no existe acuerdo en la comunidad científica sobre las características de los tratamientos aplicados a la menor hermafrodita, era necesario que la Corte, con base en el material probatorio y la literatura académica sobre el tema, investigara la naturaleza de esas terapias.”

De acuerdo a lo expuesto anteriormente por la Corporación, es pertinente anotar que el debate efectuado a lo largo de esta sentencia, pretende de una parte, analizar los derechos fundamentales que pueden llegar a ser afectados o vulnerados en caso de omitirse o realizarse la práctica quirúrgica a la menor y de otra parte, verificar que cualquier decisión que se tome al respecto esté sustentada en el consentimiento informado de la paciente. Es por lo anterior, que la Corte Constitucional al igual que los jueces carecen de competencia para debatir cuestiones de carácter eminentemente científico, pues son los profesionales de la medicina, quienes tienen la formación académica suficiente para que en un momento dado puedan determinar cual es el tratamiento adecuado que debe ser practicado a quien padece de ambigüedad genital.

En cuanto al tercer problema jurídico, se expusieron varios conceptos, a saber:

“(…)los niños no son propiedad de sus padres sino que tienen una individualidad y dignidad propias, y constituyen una autonomía en desarrollo. Los derechos de los padres sobre sus hijos tienen entonces como único fundamento la protección de los intereses superiores del menor, a fin de que éste logre desarrollarse como persona autónoma.(…)”

“(…)los padres no pueden someter a sus hijos a cirugías y tratamientos riesgosos, de los cuáles no se derive un beneficio directo para la salud del infante, por cuanto tal decisión afecta el interés superior del menor.”

“(…)la madre de la menor XX no puede autorizar que su hija sea sometida a operaciones o tratamientos hormonales destinados a remodelar la apariencia de

sus genitales, por cuanto se trata de procedimientos que, para este caso, no es claro que sean urgentes, y por el contrario existen evidencias de que son riesgosos y muy invasivos. Esas terapias serían entonces, en este momento, contrarias tanto al principio de beneficencia como al de autonomía, por lo cual el consentimiento sustituto materno no parece constitucionalmente admisible.”

“(…)la Corte estima que para favorecer el consentimiento informado de la menor, la madre debe colaborar para que su hija tome la decisión, pero es necesario establecer unos procedimientos que en cierta medida obliguen a la progenitora a tomar en cuenta la situación actual del debate médico y a reflexionar y decidir teniendo como eje central los intereses reales de la menor.”

“(…)si se tiene en cuenta que la menor ya tiene un desarrollo cognitivo, social y afectivo que le permite tener conciencia clara de su cuerpo y una identificación de género definida, el consentimiento sustituto paterno pierde legitimidad constitucional, y las cirugías e intervenciones hormonales para modelar sus genitales deben esperar hasta que el propio paciente pueda autorizarlas.(…)”

“(…)en tales casos es precisamente que sea la propia menor quien, al experimentar esos cambios en la pubertad, y obviamente con el debido apoyo psicológico, pueda definir con mayor precisión su identidad de género y decidir si asume o no los riesgos de las cirugías y los tratamientos hormonales destinados a reconstruir sus genitales.”

“(…)corresponderá a los equipos interdisciplinarios realizar las pruebas pertinentes para evaluar si la persona goza de la autonomía suficiente para brindar un consentimiento informado. Con todo, esta Corte considera que algunos elementos normativos son claros y enmarcan la acción de esos grupos interdisciplinarios. Así, en primer término, no es necesario esperar obligatoriamente hasta la mayoría de edad, puesto que, como ya se señaló en esta sentencia, no es lo mismo la capacidad legal que la autonomía para autorizar un tratamiento médico, por lo cual, un menor, que es legalmente incapaz, puede ser plenamente competente para tomar una decisión sanitaria(…)”

De lo anterior, se puede concluir que los padres de un menor cuya autonomía está en desarrollo no podrán dar su consentimiento para la realización del tratamiento quirúrgico destinado a la readecuación de los

órganos genitales.

La función de los padres debe encaminarse a la protección de los intereses de sus hijos por cuanto ellos, como personas, tienen una dignidad propia y en virtud de su autonomía podrán tomar las decisiones que en un futuro puedan afectarles.

En el caso concreto, la menor XX ha sobrepasado el umbral de la infancia y durante toda su vida ha desarrollado una importante identificación de género sin mostrar problema psicológico o social alguno, por lo tanto ya posee una mayor autonomía la cual merece una protección constitucional más rigurosa, limitando de esta manera las facultades de representación de quienes poseen la patria potestad de la menor.

Adicionalmente, se puede establecer que entre más claras sean las facultades de autodeterminación del menor, mayor será la protección constitucional a su derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16 de la Carta Política) y menores las posibilidades de interferencia ajena sobre sus decisiones que no afectan derechos de terceros.

De otra parte, cabe resaltar que en el caso concreto, la urgencia de un tratamiento quirúrgico se encuentra en entre dicho, pues la vida de la menor no se encuentra comprometida, razón por la cual los padres de un menor que se encuentre en estas circunstancias, no podrán tomar decisiones que afecten de manera directa su autonomía. Por el contrario si la vida de la menor se encontrara en peligro y de dicha intervención se derivara un beneficio directo, los padres en razón a la patria potestad que ejercen sobre ella, si se encontrarán legitimados para tomar la decisión propendiendo por el bien, la salud y la integridad del menor.

Los padres en su calidad de garantes, están en la obligación de orientar al menor e informarle las consecuencias tanto positivas como negativas de la cirugía para que éste en virtud de su autonomía pueda tomar una decisión en la cual medie un consentimiento informado, claro está que

esa orientación debe darse de manera imparcial para que el paciente determine o escoja libremente el sexo al que quiere pertenecer.

Así mismo, se debe tener en cuenta que la Corte señaló que un menor que es legalmente incapaz puede ser plenamente competente para tomar una decisión sanitaria. Esto siempre y cuando un equipo interdisciplinario realice un estudio y evalúe si el paciente goza de la autonomía suficiente para tomar una decisión sobre su sexo, en la cual esté presente el consentimiento informado. Es por lo anterior, que no es necesario esperar hasta que la paciente cumpla la mayoría de edad para que la intervención quirúrgica pueda realizarse.

B. DOCTRINA GENERAL:

“(…) la práctica médica se encuentra sometida a varios principios esenciales, que tienen no sólo una evidente base constitucional sino también un claro fundamento en las normas internacionales de derechos humanos: los principios de benevolencia y de no maleficencia, englobados en muchas ocasiones bajo la denominación genérica de principio de beneficencia, que encuentran sustento constitucional en el deber del Estado y de los profesionales de la salud de cuidar la vida y la integridad de las personas (CP art. 49), imperativo que adquiere especial trascendencia en el caso de los menores (CP art. 44). De otro lado, el principio utilitario, que se enmarca en el deber del Estado de proteger el interés general, contribuir al bienestar de la población (CP arts 1º y 2º) y estimular el mejoramiento de la técnica y la libre investigación científica (CP arts 70 y 71). En tercer término, el principio de justicia, que es una expresión específica del derecho de igualdad en el campo de la salud (CP arts 13 y 49). Y, finalmente, el principio de permiso o de autonomía, que deriva del reconocimiento de la dignidad, la inviolabilidad y la libertad de todas las personas (CP arts 1º, 12 y 16).”

C. DEFINICIONES DOGMATICAS CREADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Intervención de la Corte Constitucional en asuntos científicos:

Según ciertas críticas, "(...) la Corte Constitucional, ni en general el derecho ni los jueces, deberían intervenir en las decisiones relativas al tratamiento de la ambigüedad sexual, cuya dinámica y evolución deberían ser dejadas exclusivamente a la autorregulación de la comunidad médica, por tratarse de problemas técnicos, que serán resueltos por los adelantos investigativos en este campo.(...)"

La Corte no puede compartir esa argumentación por cuanto,"(...) en la medida en que las investigaciones biológicas y las prácticas médicas recaen sobre seres vivos, y en especial sobre personas, es obvio que si bien pueden ser benéficas para el paciente, también pueden ser dañinas y deben por ende estar sometidas a controles para proteger la inviolabilidad y la dignidad de las personas.(...)"

Características del consentimiento informado:

1. La persona debe tomar su determinación sin coacciones ni engaños. del tratamiento.
2. La decisión debe ser informada, esto es, debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente de todos los datos que sean relevantes para que el enfermo pueda comprender los riesgos y beneficios de la intervención terapéutica, y valorar las posibilidades de las más importantes alternativas de curación, las cuales deben incluir la ausencia de cualquier tipo de tratamiento.
3. El paciente que toma la decisión debe ser lo suficientemente autónomo para decidir si acepta o no el tratamiento específico, esto es, debe tratarse de una persona que en la situación concreta goce de las aptitudes mentales y emocionales para tomar una decisión que pueda ser considerada una expresión auténtica de su identidad

personal.

Privilegio terapéutico: Posibilidad de que el galeno retenga aquella información que dañe gravemente al enfermo o lo angustie de tal manera que le imposibilite una elección competente. Este privilegio terapéutico es excepcional, por lo cual los riesgos de daño al paciente o de afectación de su autonomía deben ser evidentes o muy probables, para que se justifique la retención de información por el médico, no sólo debido a la prevalencia prima facie del principio de autonomía sino también porque diversas investigaciones han concluido que son muy raros los casos en donde se pueda sostener que informar adecuadamente al paciente, con discreción y sensibilidad, es más peligroso para su salud que ocultarle información.

Terapias ordinarias: También se les denomina no invasivas. Tienen riesgos bajos y no afectan el curso ordinario de las actividades del enfermo.

Terapias extraordinarias: En ellas es notorio el carácter invasivo y agobiante del tratamiento en el ámbito de la autonomía del paciente.

Criterios para determinar las posibilidad de que los padres puedan tomar una decisión referente a los tratamientos médicos de los hijos menores: Existen tres criterios centrales a ser considerados en situaciones de esta naturaleza, y que son (i) la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor, (ii) los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño y (iii) la edad del paciente.

Intervenciones hormonales y quirúrgicas a los hermafroditas: son entonces particularmente invasivas, por lo cual, conforme a los

criterios anteriormente señalados en esta sentencia (cf supra fundamentos jurídicos 17 a 20), el consentimiento informado de la persona debe ser cualificado, claro, explícito y fundado en el pleno conocimiento de los peligros de los tratamientos y de las posibilidades de terapias alternativas.

20. DOCTRINA ADICIONAL:

El médico tratante, la Academia Nacional de Medicina y las Facultades de Medicina de las Universidades Nacional, del Rosario y Javeriana coinciden en los siguientes conceptos:

Ambigüedad sexual o intersexualidad: "Trastornos de la diferenciación y el desarrollo sexual" que se traducen en "alteraciones en los procesos biológicos". En otros términos, la intersexualidad surge cuando se presentan simultáneamente "estructuras anatómicas genitales masculina y femenina en un mismo sujeto", y en especial en aquellos casos en donde se presentan "diferentes tipos de defectos que se manifiestan a nivel de los genitales externos, en particular, cuando no se puede establecer desde el punto de vista clínico a que sexo pertenece el niño recién nacido." Varios conceptos coinciden en indicar que la ambigüedad sexual no es frecuente, aunque no existe un pleno acuerdo sobre la magnitud cuantitativa del fenómeno.

Consecuencias de la ambigüedad sexual: Los conceptos coinciden en caracterizar la ambigüedad sexual como un trastorno grave pues consideran que la persona sufriría serias consecuencias psicológicas si no se corrige a tiempo la ambigüedad de sus genitales. Así, algunos conceptos se refieren a los muy graves problemas psicosociales o a las consecuencias calamitosas que desde el punto de vista psicológico sufre una persona a la que no le haya sido diagnosticada y tratada correctamente su ambigüedad genital. Por ello, y con el fin de mejorar su

calidad de vida, se consideran necesarias intervenciones quirúrgicas y hormonales, acompañadas de apoyos psicológicos, a fin de asignar un sexo definido masculino o femenino a la persona que sufre de intersexualidad. Además, estos casos son caracterizados como una urgencia médica, ya que deben ser tratados rápidamente, con el fin de facilitar una exitosa identificación con el sexo asignado. Además de las consecuencias sicosociales derivadas de éste padecimiento, se desprenden otras de tipo somático tales como la hiperplasia suprarrenal congénita, graves dificultades urinarias o mayores probabilidades de que las gónadas se malignicen.

Clasificación del Hermafroditismo:

Hermafroditismo verdadero: Se presenta en individuos "con ambos tipos de gónadas, es decir con testículos y ovarios al mismo tiempo".

Seudohermafroditismo femenino: Tiene lugar cuando individuo posee cariotipo femenino (46, XX) y gónadas femeninas (ovario) pero "ha sufrido algún grado de virilización antes del nacimiento, es decir una hembra virilizada".

Seudohermafroditismo masculino: " hace referencia a un individuo que presenta gónadas masculinas (testículos) y tiene "un cariotipo masculino normal 46, XY la mayoría de las veces, o con alguna alteración en los cromosomas sexuales (X o Y), no se ha virilizado normalmente. Es decir un macho mal virilizado."

Decisión de la asignación de sexo: Según varios conceptos, dicha decisión debe ser tomada por un equipo interdisciplinario conformado por los médicos cuyas especialidades se relacionen directamente al caso concreto. Además, se debe informar a la familia del paciente de manera clara y sencilla el tipo de trastorno que padece el menor, sus implicaciones, los tratamientos y los resultados que se pueden esperar de los mismos. La decisión debe ser tomada conjuntamente,

procediendo de inmediato a realizar los procedimientos quirúrgicos a que haya lugar.

Urgencia del tratamiento: En el caso concreto la urgencia de la cirugía es menor por cuanto el descubrimiento de la enfermedad se hizo 3 años después del nacimiento de la paciente pero de todas maneras es recomendable que el tratamiento se realice antes de la pubertad. Lo anterior, debido a que es necesario tomar en consideración, en lo posible, la propia voluntad del paciente y, en todos los casos, el sexo de crianza y el comportamiento deben ser criterios centrales en la decisión, pues la persona ya puede haber realizado una fuerte identificación con el género que los padres le asignaron y con el cual ha sido educada.

"Toda la literatura médica especializada en el tema apoya el manejo temprano, con carácter de urgencia, de las malformaciones de los genitales externos. La corrección quirúrgica debe hacerse igualmente en los primeros meses de la etapa postnatal antes de que el niño adquiera conciencia de su cuerpo, para minimizar el riesgo de sentirse 'diferente' a sus compañeros de colegio y evitar lesiones de tipo psicológico. Perdóneme que insista, pero no es justo que un niño asignado al sexo masculino deba esconderse para orinar hasta cuando llega a la pubertad para que pueda tomar la decisión de ser operado; o lo contrario, en el caso de las niñas. Está demostrado en muchas publicaciones que cuanto más temprano se realicen las cirugías pertinentes, mejor adaptación psicosexual presentarán estos individuos."

DISCUSIÓN CRITICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SEÑALANDO SUS ACIERTOS Y SUS DEBILIDADES Y SUGIRIENDO LAS LINEAS MAS FAVORABLES PARA LA EVOLUCION FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA:

De acuerdo a las tesis expuestas por la Corporación a lo largo de la sentencia, consideramos que el tratamiento dado al problema suscitado fue adecuado, pues de cierta manera buscó la protección tanto del derecho a la libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana, la autonomía como de la vida, siendo aquellos los pilares fundamentales sobre los cuales esta sustentada su decisión, desarrollando de esta manera el problema planteado anteriormente de acuerdo a la Constitución.

Al ser la materia de estudio, un tema controversial y delicado en el cual no solamente se tocan aspectos internos sino también biológicos de la persona, se debió efectuar un análisis tanto científico como constitucional del caso. Es por lo anterior, que la Corte solicitó a los entes especializados en el tema un concepto científico para que de esta forma la decisión que tomara estuviera fundamentada de manera adecuada.

El consentimiento informado de un menor para tomar una decisión referente a la readecuación de los órganos genitales se constituye entonces como el tema neurálgico desarrollado en la sentencia.

La Constitución Política establece el derecho fundamental a la libertad, del cual se desprende que toda persona es autónoma para tomar decisiones relativas a su salud. En esa medida, la capacidad legal no es la que determina en un momento dado el consentimiento de un ser humano, pues los menores de edad de acuerdo a su desarrollo cognitivo y volitivo pueden encontrarse facultados para decidir cuestiones que afectan su fuero interno excluyendo así a las personas que legalmente lo representan a tomar tal determinación.

No obstante, es importante resaltar que el equipo interdisciplinario además de determinar si el paciente es autónomo, debe orientar de manera clara y precisa los beneficios y consecuencias que se deriven de la realización de un tratamiento quirúrgico encaminado a lograr un

consentimiento informado. Así mismo, es deber de los padres o de quienes tengan a su cargo la representación legal del menor, orientarlo de manera imparcial para que finalmente sea él quien decida a cual sexo quiere pertenecer.

Lo anterior, por cuanto la Corporación en su pronunciamiento no quiere interferir de manera directa en la privacidad familiar y en esa medida no puede de manera tajante ordenar que sea la menor quien deba tomar la decisión sino que conjuntamente y con el apoyo de un equipo interdisciplinario, la madre y la paciente decidan cuál es el mejor procedimiento que debe adoptarse.

Sin embargo, en caso de que la intervención quirúrgica tenga el carácter de urgente y la vida del paciente se encuentre en verdadero peligro, los padres deberán acceder a que dicha intervención sea practicada. Además, hay que anotar que si la ambigüedad genital es descubierta cuando el paciente tiene escasos meses de edad y aun no se le ha atribuido un sexo específico ni ha sido tratado por los demás como varón o como mujer, ésta intervención, previo criterio médico y científico podrá realizarse siempre y cuando los padres den su consentimiento informado.

De otra parte, la Corporación ha expresado que no resolverá ni mediará en un debate científico, pues se debe proteger la autonomía de la comunidad científica, y en especial del estamento médico, para evaluar los resultados de sus tratamientos y de sus investigaciones, sino que, además, en general los jueces carecen de la formación académica específica para poder llegar a conclusiones claras en estos debates científicos. Por ello, la Corte ha señalado que en principio no le compete entrar a dirimir controversias académicas o científicas sino únicamente determinar si hay derechos fundamentales que puedan ser amenazados o violados con la realización o abstención de la intervención quirúrgica.

El principio de publicidad de los procesos es otro de los problemas que se suscitan en la sentencia, por cuanto la accionante solicita la reserva absoluta del sumario. La Corporación para decidir sobre este punto, estableció que en virtud de la protección al derecho a la intimidad, era posible guardar secreto sobre la identidad de las personas directamente involucradas en el caso (la madre, la menor y el médico tratante) además de los lugares donde ocurrieron los hechos pero dispuso que el fallo como tal debía ser conocido para de esta manera sentar un precedente constitucional y de esta manera los jueces lo tomaran como doctrina general y así fallar en de acuerdo a lo dicho por la Corte en los casos similares que se les presente.

ABSTRACT

El Trabajo de Grado se llama **“La Ética Médica en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana”**. La investigación analiza la Constitucionalidad de la Ley 23 de 1981 que desarrolla el tema de la ética médica y algunos casos concretos en los cuales, las decisiones tomadas por profesionales de la medicina vulneran o violan ciertos derechos fundamentales, protegidos mediante la Acción de Tutela. Encontramos que los temas más controversiales se relacionan con el secreto profesional, la autonomía del paciente, el nuevo sistema de seguridad social y el proceso ético-disciplinario que se adelanta ante el Tribunal de ética Médica y como resultado concluimos que la Corte Constitucional ha manifestado que los apartes demandados de la Ley 23 de 1981 están acorde con nuestra Constitución Política y que cada situación que ponga en peligro derechos fundamentales es analizada separadamente; para cada caso concreto se debe efectuar una valoración diferente.

ABSTRACT

Our degree work is named **“The Medical Ethic in the Colombian Jurisprudency”** With this reaserch, we want to analyze some part of the constitutioness of the 1981, 23 th law, which developes the topic of medical ethic, and another speciffic casses in which the decisions taken by the medicine proffesionals, infringe or violate some fundamental human rights protected by the action.

We found that the most controversial topics are: The professional secret, the patient autonomy, the New system of social security, the ethic- disciplinary process developed in the ethic-medical court.

In conclusión the constitutional court declares that the articles demanded in the 1981 23th law, are totally in agreement with the colombian political constitution and every situation that may bring danger to the fundamental human rights, will be analyze separately because every specific case has a different value.