

Sociedad y derecho

Editores

Andrea Johana Aguilar-Barreto

Valmore Bermúdez-Pirela

Yurley Karime Hernández Peña

Sociedad y derecho

Editores

Andrea Johana Aguilar-Barreto
Valmore Bermúdez-Pirela
Yurley Karime Hernández Peña

Autores

Andrea Johana Aguilar-Barreto
Yurley Karime Hernández Peña
Carlos Efrén Largo Leal
Carlos Fernando Hernández Morantes
Clara Paola Aguilar Barreto
Claudia Eufemia Parra Meaury
Deisy Marcela Caballero Flórez
Diego Alexander Jaimes Monsalve
Edison Giovanni Medina Ramírez
Elizabeth Pérez García
Erika Nathalia Ordóñez Mahecha
Ever Santafé Prada
Gladys Shirley Ramírez Villamizar
Javier Antonio Alba Niño
José Iván Silva Rincón
Karol Stephanie Cabrera Poveda
Leidy Yasmin Quintero Ortega
Leonardo Yotuhel Díaz Guecha
Linda Katherine Murcia Sanabria
Martha Isabel Jáuregui Hernández
Michael Javier Guerrero González
Nereyda Johana Quintero Bayona
Oscar Leonardo Medina González
Paola Sánchez Jiménez
Peter Jesús Niño Villegas
Reynaldo Guarín Roa
Samuel Leonardo López Vargas
Sandra Bonnie Flórez Hernández
Viviana Andrea Botello Pradilla
Yonatan Alejandro Aguilar Bautista



Sociedad y derecho

Editores

©Andrea Johana Aguilar-Barreto
©Valmore Bermúdez-Pirela
©Yurley Karime Hernández Peña

Autores

©Andrea Johana Aguilar-Barreto
©Yurley Karime Hernández Peña
©Carlos Efrén Largo Leal
©Carlos Fernando Hernández Morantes
©Clara Paola Aguilar-Barreto
©Claudia Eufemia Parra Meaury
©Deisy Marcela Caballero Flórez
©Diego Alexander Jaimes Monsalve
©Edison Giovanni Medina Ramírez
©Elizabeth Pérez García
©Erika Nathalia Ordóñez Mahecha
©Ever Santafé Prada
©Gladys Shirley Ramírez Villamizar
©Javier Antonio Alba Niño
©José Iván Silva Rincón
©Karol Stephanie Cabrera Poveda
©Leidy Yasmin Quintero Ortega
©Leonardo Yotuhel Díaz Guecha
©Linda Katherine Murcia Sanabria
©Martha Isabel Jáuregui Hernández
©Michael Javier Guerrero González
©Nereyda Johana Quintero Bayona
©Oscar Leonardo Medina González
©Paola Sánchez Jiménez
©Peter Jesús Niño Villegas
©Reynaldo Guarín Roa
©Samuel Leonardo López Vargas
©Sandra Bonnie Flórez Hernández
©Viviana Andrea Botello Pradilla
©Yonatan Alejandro Aguilar-Bautista

Sociedad y derecho / editores Andrea Johana Aguilar-Barreto, Valmore Bermúdez-Pirela, Yurley Karime Hernández Peña; Carlos Efrén Largo Leal [y otros 29] -- Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar, 2018.

206 páginas; ilustraciones, tablas.
ISBN: 978-958-5533-42-4 (Versión electrónica)

1. Responsabilidad médica 2. Arbitraje y laudo 3. Arbitraje Internacional 4. Emigración e inmigración -- Aspectos socio-jurídicos 5. Derechos Humanos 6. Derecho ambiental -- Análisis jurisprudencial 7. Acuerdos de Paz -- Análisis histórico -- Colombia 7. Delitos informáticos -- Análisis jurídico -- Colombia I. Aguilar-Barreto, Andrea Johana, editor II. Bermúdez-Pirela, Valmore, editor III. Hernández Peña, Yurley Karime, editor IV. Largo Leal, Carlos Efrén V. Hernández Morantes, Carlos Fernando VI. Aguilar Barreto, Clara Paola VII. Parra Meaury, Claudia Eufemia VIII. Caballero Flórez, Deisy Marcela IX. Jaimes Monsalve, Diego Alexander X. Medina Ramírez, Edison Giovanni XI. Pérez García, Elizabeth XII. Ordóñez Mahecha, Erika Nathalia XIII. Santafé Prada, Ever XIV. Ramírez Villamizar, Gladys Shirley XV. Alba Niño, Javier Antonio XVI. Silva Rincón, José Iván XVII. Cabrera Poveda, Karol Stephanie XVIII. Quintero Ortega, Leidy Yasmin XIX. Díaz Guecha, Leonardo Yotuhel XX. Murcia Sanabria, Linda Katherine XXI. Jáuregui Hernández, Martha Isabel XXII. Guerrero González, Michael Javier XXIII. Quintero Bayona, Nereyda Johana XXIV. Medina González, Oscar Leonardo XXV. Sánchez Jiménez, Paola XXVI. Niño Villegas, Peter Jesús XXVII. Guarín Roa, Reynaldo XXVIII. López Vargas, Samuel Leonardo XIX. Flórez Hernández, Sandra Bonnie XXX. Botello Pradilla, Viviana Andrea XXXI. Aguilar Bautista, Yonatan Alejandro XXXII. Tit.

340 S678 2018 Sistema de Clasificación Decimal Dewey 21ª edición

Universidad Simón Bolívar – Sistema de Bibliotecas

Grupos de investigación

Altos Estudios de Frontera (ALEF), Universidad Simón Bolívar, Colombia
Rina Mazuera Arias

ISBN: 978-958-5533-36-3

Impreso en Barranquilla, Colombia. Depósito legal según el Decreto 460 de 1995. El Fondo Editorial Ediciones Universidad Simón Bolívar se adhiere a la filosofía del acceso abierto y permite libremente la consulta, descarga, reproducción o enlace para uso de sus contenidos, bajo una licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional. <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



© Ediciones Universidad Simón Bolívar

Carrera 54 No. 59-102

<http://publicaciones.unisimonbolivar.edu.co/edicionesUSB/dptopublicaciones@unisimonbolivar.edu.co>
Barranquilla y Cúcuta

Producción Editorial

Conocimiento Digital Accesible. Mary Barroso, Lisa Escobar

Urb. San Benito vereda 19 casa 5. Municipio Santa Rita del Estado Zulia- Venezuela. Apartado postal 4020. Teléfono: +582645589485, +584246361167. Correo electrónico: marybarroso27@gmail.com, conocimiento.digital.a@gmail.com

Diciembre del 2018

Barranquilla

Made in Colombia

Como citar este libro

Aguilar-Barreto, A.J., Bermúdez-Pirela, V. y Hernández Peña, Y.K. (Eds.) (2018). Sociedad y derecho. Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar

DOI:

1

CÁNCER GÁSTRICO: SITUACIONES JURÍDICAS GENERADAS A PARTIR DE SU DIAGNÓSTICO¹

Yonatan Alejandro Aguilar-Bautista

Abogado, Universidad Libre. Asesor jurídico pasante en la Secretaría de Educación Municipal de Cúcuta.

Clara Paola Aguilar-Barreto

Abogada, Universidad Libre. Especialista en Derecho Contencioso Administrativo, Universidad del Externado de Colombia. Maestrante en derecho Público, Universidad del Externado de Colombia. Docente Investigador Universidad Simón Bolívar, Colombia. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1185-5154>

Andrea Johana Aguilar-Barreto

Abogada, Universidad Libre. Administradora, ESAP. Licenciada en Lengua Castellana, Universidad de Pamplona. Doctora en Educación, UPEL. Postdoctora, innovación educativa y TIC. Especialista en Orientación de la conducta, Universidad Francisco de Paula Santander. Especialista en Administración Educativa, UDES. Docente Investigador de Universidad Simón Bolívar, Colombia. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1074-1673>

Claudia Parra Meaury

Abogada, Universidad Libre Seccional Cúcuta, especialista en Derecho de Familia, Universidad Libre Seccional Cúcuta; Magister en Educación, Universidad Simón Bolívar. Secretaria Académica del Programa de Derecho Universidad Simón Bolívar - Sede Cúcuta. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1427-0728>. E-mail: cparra@unisimonbolivar.edu.co

Gladys Shirley Ramírez Villamizar

Abogada y Especialista en Derecho de Familia Universidad Libre Seccional Cúcuta; Magister en Educación, Universidad Simón Bolívar. Miembro del grupo de investigación Tendencias jurídicas contemporáneas y Directora del Programa de Derecho Universidad Simón Bolívar - Sede Cúcuta. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3271-795X>. E-mail: sramirez@unisimonbolivar.edu.co

Sandra Bonnie Flórez Hernández

Profesor tiempo completo en la Universidad Simón Bolívar. Coordinadora del área de Democracia, Ciudadanía y Pensamiento Bolivariano. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1603-4374>. E-mail: S.florez@unisimonbolivar.edu.co

¹ Capítulo resultado del proyecto institucional de investigación “Despistaje de carcinoma gástrico precoz mediante técnicas de inteligencia artificial” de la Universidad Simón Bolívar, sede Cúcuta.

Resumen

El presente documento analiza situaciones jurídicas producidas en el marco del diagnóstico de cáncer gástrico desde una visión internacional y nacional. Se ha realizado una revisión de diversas fuentes documentales que giran en torno a decisiones judiciales, normas jurídicas o planes relacionados con el diagnóstico de cáncer gástrico. A pesar de considerarse el cáncer como un problema de salud tanto en el orden mundial como regional y local, la información recuperada permite constatar que el cáncer gástrico o cáncer de estómago constituye uno de los principales tipos de cáncer con mayor grado de mortalidad, y que su tratamiento oportuno depende principalmente de diagnósticos acertados y a tiempo. En estrados judiciales, los diagnósticos erróneos o tardíos generan millonarias indemnizaciones, por lo que se trata de un problema que trasciende la incidencia social para configurarse en un problema también de naturaleza económica. Por lo anterior, en los últimos años se han formulado instrumentos internacionales y leyes con el objetivo de controlar el cáncer y reducir el número de casos desde la prevención, además de planes nacionales a mediano y largo plazo.

Palabras clave: *Cáncer, cáncer gástrico, diagnóstico, indemnización, perjuicio.*

Gastric cancer: legal situations generated from its diagnosis

Abstract

The present document aims to analyze legal situations produced within the framework of the diagnosis of gastric cancer from an international and national perspective. To this end, a review has been made of various documentary sources that revolve around judicial decisions, legal norms or plans related to the diagnosis of gastric cancer. Despite the fact that cancer is considered a public health problem in the world, regional and local, the information retrieved shows that gastric cancer or stomach cancer is one of the main types of cancer with a higher mortality rate, and that its timely treatment depends mainly on accurate and timely diagnosis. In judicial courts erroneous or late diagnoses generate millions of indemnities, so it is a problem that transcends social incidence to be configured in a problem of an economic nature. Due to the above, in recent years international instruments and laws have been formulated with the objective of controlling cancer and reducing the number of cases from prevention, in addition to national plans in the medium and long term.

Keywords: *Cancer, gastric cancer, diagnosis, compensation, injury.*

Introducción

La relevancia del derecho a la salud ha conllevado a que se introduzca el mismo dentro de diferentes tratados internacionales y

regionales de derechos humanos. A partir de estas disposiciones y en coherencia como expresan Aguilar-Barreto, Parada y Aguilar-Barreto, (2017) que han sido aprobadas por los gobiernos de los diversos Estados, se crea la obligatoriedad de los mismos, para crear las condiciones que permitan el acceso y el goce a la salud de las personas, apartándose de la noción que considera el derecho como estar sano:

El derecho a la salud, significa que los gobiernos deben crear las condiciones que permitan a todas las personas vivir lo más saludablemente posible. Esas condiciones incluyen la disponibilidad garantizada de servicios de salud, condiciones de trabajo saludable y seguro, vivienda adecuada y alimentos nutritivos. El derecho a la salud no debe entenderse como el derecho a estar sano. (OMS, 2015)

A fin de garantizar el derecho a la salud se debe atender a diferentes criterios. Estos son expuestos por Vega, *et. Al.* (2009, p. 90) de la siguiente forma:

a. Disponibilidad: Referido al número de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud.

b. Accesibilidad: El acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud deben estar disponibles y su acceso debe ser facilitado en las dimensiones física, económica e informativa.

c. Aceptabilidad: Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben atender a las normas éticas y legales, desde un contexto cultural compartido por parte de los actores. Así mismo, debe ser coherente con los enfoques diferenciales.

d. Calidad: Los establecimientos de salud deben contar con un mínimo de requisitos de calidad desde la esfera científica y médica, *v.g.* personal idóneo y capacitado, disponibilidad de medicamentos y equipos acordes con la demanda, etc.

Lo anterior, a su vez exige una gran inversión pública a fin de concretar el derecho a la salud, para que no quede en la teoría (Mazzocco,

2013). De acuerdo al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000) todos los derechos humanos, incluido el de la salud, impone a los Estados Partes la “obligación de respetar, proteger y cumplir”, es decir, la responsabilidad de abstenerse de realizar acciones que afecten directa o indirectamente en el disfrute del derecho, y la obligación de adoptar medidas desde todos los ámbitos posibles: legislativo, administrativo, fiscal y presupuestario, judicial, entre otros.

La salud goza en la legislación nacional de una doble connotación en la medida que se considera un servicio público y a la vez un derecho fundamental por su conexidad con el derecho a la vida, la integridad física y el principio de la dignidad humana que circula por todo el ordenamiento jurídico colombiano, aunque la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha llevado a que se considere la salud como un derecho fundamental autónomo (Corte Constitucional, 2008, 31 de julio).

En ese orden de idea, las instituciones de salud del Estado y aquellas autorizadas por la Ley para prestar dichos servicios desde el ámbito de lo privado, deben obrar de tal forma que los procedimientos terapéuticos realizados conlleven a los propósitos deseados o al menos que no pongan en una situación más crítica al paciente. De allí que como expresan Pérez y Aguilar-Barreto (2017) no resulte tan visible la línea que separa el debido tratamiento del error médico, y en todo caso, comprobado este último, los daños ocasionados deben ser reparados pues dichos perjuicios lesionan un bien jurídicamente tutelado por la Constitución y la Ley.

En la actualidad, la responsabilidad médica se ha convertido en un asunto de interés para el Derecho tanto público como privado, debido al aumento de acciones judiciales que tienen como pretensión el resarcimiento de los daños ocasionados. Frente a la responsabilidad médica, menciona Rencoret (2003):

Los aspectos relacionados con la responsabilidad médica y el aumento de demandas por resultados adversos y/o por reales negligencias médicas son temas que han estado siempre presentes en el ejercicio de

la medicina, con una exacerbación en las últimas décadas, generando un incremento de costos y preocupación en el ámbito de los prestadores sanitarios. (p. 157)

Ahora bien, resulta menester destacar que dicho problema, al igual que expresa Aguilar-Barreto (2017) también se manifiesta en el uso de recursos constitucionales, como la acción de tutela contenida en el artículo 86 de la Carta Política del 91, que ha servido de mecanismo transitorio para evitar daños o perjuicios mayores. En efecto esta realidad conlleva a inferir el deterioro del sistema de salud, pues las constantes omisiones de las entidades prestadoras de salud que son llevadas por vía de tutela a estrados judiciales es un indicador del potencial de demandas que pueden surgir como producto de daños y perjuicios ocasionados a la salud. El estudio de la Defensoría del Pueblo (2011) titulado *La Tutela y el Derecho a la Salud 2010*, permite “verificar el uso de la tutela como medio más eficaz utilizado por los ciudadanos para hacer valer sus derechos y determinar denegaciones y rechazos más frecuentes en las acciones incoadas para reclamar servicios de salud”.

Se trata de un fenómeno general que no se limita a instituciones públicas o privadas, sino de una problemática que se manifiesta a lo largo del sistema de salud en Colombia. Los procedimientos inadecuados y los errores de los profesionales en la salud pueden llevar a la vulneración de derechos fundamentales, razón por la cual la responsabilidad médica se ha convertido en un tópico controversial y de amplia discusión dentro del campo jurídico y político. Y no es para menos pues hay determinadas patologías con repercusiones significativas a nivel social y económico que merecen una especial atención.

Metodología

Este documento es producto del avance en el ejercicio investigativo desarrollado bajo el enfoque cualitativo, definido por Martínez Miguélez (2009) como aquel donde el investigador trata de identificar la naturaleza profunda de las realidades, su estructura dinámica aquella que da razón plena de su comportamiento y manifestaciones, para este caso las distintas

situaciones jurídicas en que se ven vinculados los médicos a partir del diagnóstico de cáncer gástrico dentro de su praxis.

La técnica a desarrollar en el presente proyecto de investigación, se circunscribe en la revisión documental debido a que ésta nace de “un proceso que abarca la ubicación, recopilación, selección, revisión, análisis, extracción y registro de información contenida en documentos” (Hurtado, 2012, pág. 851), donde se hizo preciso hacer una revisión hermenéutica de fuentes primarias o formales a la Constitución y la Ley, y como secundarias los principios generales del derecho y la doctrina constitucional, debido a que como fuentes de información en el ordenamiento jurídico colombiano que regulan las situaciones en estudio, también y como elementos centrales, se tomaron los procesos e informes jurídicos que reportan las situaciones jurídicas.

Resultados y Discusión

El cáncer gástrico y su diagnóstico desde una mirada jurídica

Una de estas patologías con gran impacto psicosocial corresponde al cáncer, pues desde el mismo momento del diagnóstico, la calidad de vida del paciente se ve modificada de manera amplia y profunda, así como las condiciones de vida de la familia y el círculo social del mismo. De acuerdo a Cáceres, *et. Al.* (2007) hay más de cien tipos de cáncer, y gracias a los avances técnicos y científicos en la medicina, un significativo número de personas logran superar la enfermedad, aunque cada uno de ellos responde de manera diferente a los procedimientos.

De esta manera, el cáncer se convierte en un asunto que se incorpora dentro de la agenda académica, política y jurídica, a través de normas, políticas públicas, acciones de políticas públicas y muy diversos estudios e investigaciones que superan el área de la medicina para ser objeto de análisis de ciencias como la medicina, la psicología, el trabajo social o el mismo derecho. En el contexto colombiano se ha formulado el Plan Nacional para el Control del Cáncer en Colombia 2012-2020, el cual tiene como propósito “posicionar en la agenda pública

el cáncer como un problema de salud pública y movilizar la acción del Estado, la acción intersectorial, la responsabilidad social empresarial y la corresponsabilidad individual para el control de cáncer en Colombia” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2012, p. 31).

Dentro del documento que incorpora el Plan Nacional para el Control del Cáncer en Colombia 2012-2020, se describe el cáncer como “un grupo de enfermedades con grandes repercusiones sociales, económicas y emocionales” y añade que “la carga creciente del cáncer en el perfil de salud de los colombianos amerita intervenciones oportunas, certeras y coordinadas para lograr el impacto esperado a nivel poblacional e individual sobre su incidencia, discapacidad, calidad de vida y mortalidad” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2012, p. 5). En otros términos, el cáncer constituye un problema de salud pública y ello exige de la intervención del Estado para regular las actuaciones de las instituciones, entidades y los grupos poblacionales afectados con este tipo de patologías en función de mitigar sus impactos y dar una respuesta a la problemática: “esta tasa tan elevada de riesgo de cáncer gástrico demanda estrategias de prevención eficaces” (Herráiz, *et. al*, 2012, p. 326).

Dentro de los tipos de cáncer se encuentra el gástrico, uno de los de mayor impacto e incidencia a nivel mundial. Describe Piñol y Paniagua (1998) que “el cáncer gástrico es una de las neoplasias más frecuentes en el mundo contemporáneo; constituye la segunda causa de muerte en el hombre y la tercera en las mujeres” (p. 171). El cáncer gástrico es uno de los tipos de cáncer de mayor incidencia, y sobre el mismo se han determinado factores de riesgo que están asociados con el mismo, aunque estos permanecen en discusión por la comunidad científica.

Por su parte, Miquel *et. Al.* (2006) afirma que el cáncer gástrico -también digestivo, esofágico y colorectal dependiendo de la afectación de capas- sólo puede ser manejado adecuadamente si se detecta en una fase temprana, “siendo el estado ideal la localización intramucosa antes de la aparición de metástasis ganglionares” (p. 595). En otros términos, el diagnóstico temprano de la enfermedad es un asunto elemental y

fundamental para su afrontamiento, desde las políticas públicas y las estrategias institucionales y frente a diagnósticos tardíos, erróneos o defectuosos, se puede abrir la puerta a lesiones de bienes jurídicos tutelables, configurándose la responsabilidad médica. Por ello manifiesta Pilco, Payet y Cáceres (2006) que en países industrializados se ha venido disminuyendo la incidencia del cáncer gástrico así como la mortalidad, gracias a los programas y las acciones para la detección y el diagnóstico precoz o temprano.

El Decreto 1938 del 5 de agosto 1994 en su artículo 4º, numeral 10, interpreta el diagnóstico como “todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a demostrar la presencia de la enfermedad, su estado de evolución, sus complicaciones y consecuencias presentes y futuras para el paciente y la comunidad”. En otros términos, el diagnóstico es ante todo una herramienta o instrumento ligado al derecho a la salud, pues la garantía del mismo posibilita a los pacientes una mayor oportunidad para el restablecimiento de su salud. Entre otras cosas, el diagnóstico debe dar cuenta de la presencia de la enfermedad, la evolución, las complicaciones, las consecuencias y la oportunidad de los procedimientos a seguir en términos de tratamiento.

Como ya se ha expresado, el tema del cáncer no se encuentra desligado del ámbito jurídico pues al ser una de las causas de mayor prevalencia, se infiere, que el mismo es objeto de discusión en los mismos tribunales de justicia en especial cuando los diagnósticos han sido factores causales de lesiones a bienes jurídicos tutelables. Una de las maneras de analizar el binomio Salud-Derecho, es a través de la exploración de las demandas y la información que se puede extraer de las mismas, pues éstas ofrecen datos sobre la formulación e implementación de políticas públicas requeridas y fallas presentadas en la prestación del servicio, y en el caso colombiano, no hay información sistematizada sobre “los resultados adversos que conducen a demandas por responsabilidad médica” (Tamara, Jaramillo y Muñoz, 2012, p. 489).

En el presente documento, se hace una exploración de las

situaciones jurídicas generadas por el diagnóstico de cáncer gástrico, primero desde una perspectiva internacional y segundo, desde una visión local contextualizado al caso colombiano. En esta última parte, como se expone necesaria, este tipo de estudios por Aguilar-Barreto, Jaimes y Rodríguez (2017) se centra la discusión en los protocolos, la legislación y la jurisprudencia para el diagnóstico de cáncer gástrico.

El cáncer y el cáncer gástrico: estadísticas y amplitud del problema

No hay claridad sobre el número de personas que padecen de cáncer, ni de los casos que se tramitan en estrados judiciales por razón del diagnóstico de esta enfermedad. El Ministerio de Salud y Protección Social (2012, p. 7) señala que por año, en el mundo se presentan más de 11 millones de nuevos casos de cáncer y que el 80% corresponde a países que se encuentran en vía de desarrollo, es decir, más de 8 millones de casos. Una de las causas de este aumento en países en vía de desarrollo se debe esencialmente de otros factores, por ejemplo, el alto porcentaje de necesidades básicas insatisfechas, la pobreza y el bajo cubrimiento de las instituciones prestadoras de servicios de salud. Esta última posición es compartida por otros autores que encuentran que en los países desarrollados el número de casos de cáncer gástrico tiende a disminuir (Pilco, Payet y Cáceres, 2006).

Por su parte Pilco, Payet y Cáceres (2006, p. 378), explica que en el año 2002 la tasa de incidencia del cáncer gástrico a nivel internacional fue de 22,00 por cada 100 mil hombres y de 10,4 por cada 100 mil mujeres, y la tasa de mortalidad de 16,3 y 7,9 respectivamente. Este tipo de cáncer ocupa el cuarto lugar (8,6%) dentro del listado de los diversos tipos de cáncer en el mundo, después del cáncer de pulmón (12,4%), el cáncer de mama (10,6%) y el cáncer de colorrectal (9,4%). En esa medida de los 11 millones de cáncer que se presentan por año según las cifras del Ministerio de Salud y Protección Social (2012), 946 mil corresponden a cáncer gástrico, dato que concuerda con lo estimado por Pilco, Payet y Cáceres (2006), quienes identifican 900 mil nuevos casos por año. Sin embargo, para García (2013) el cáncer gástrico ocupa el segundo lugar

de incidencia de muerte en el mundo y en Chile ocupa el primer lugar de causa por tumores malignos. Y para López, *et. Al.* (2009, p. 3), el cáncer gástrico ocupa el cuarto lugar dentro de los diversos tipos de cáncer a nivel mundial y la primera causa de muerte por cáncer, sin embargo en Estados Unidos es el menos frecuente, por lo que es factible afirmar que la incidencia varía de un país a otro.

En el contexto colombiano los datos en torno al número de casos son variados. Conforme al Plan Nacional para el Control del Cáncer en Colombia 2012-2020, en el periodo 2000 y 2006 se presentaron ceca de 71 mil casos por año, de los cuales el 45,5% de los casos se presentó en hombres y el 54,5% en mujeres. Y de estos, el cáncer gástrico ocupó el segundo lugar en los hombres y el cuarto lugar en los casos registrados por las mujeres. En el 2007 se diagnosticaron 7.700 nuevos casos y el cáncer gástrico mostró una de las mayores tasas de mortalidad por cáncer a nivel mundial junto a otros países como Japón, Costa Rica, Singapur, Corea y Chile.

Para el año 2009 en Colombia, el número de casos de muertes registradas por cáncer fue de 32 mil, es decir, cerca del 45% del total de casos presentados, esto es una tasa promedio de 73 por 100 mil. Sin embargo, frente al cáncer de estómago o gástrico se presenta una disminución en el contexto colombiano sí se revisa los datos disponibles entre 1985 y 2006, sobre la tasa de mortalidad por tipos de cáncer. A diferencia del cáncer de colon, recto, pulmón y próstata, el cáncer gástrico muestra una disminución (Ministerio de Salud y Protección Social, 2012, p. 13).

Pese a los datos que registran el Ministerio de Salud y Protección Social (2012), López, *et. Al.* (2009) describe que en Colombia cerca de 30 mil personas mueren al año a causa de tumores malignos, y que el cáncer gástrico o de estómago es “la primera causa de muerte por tumores malignos en ambos sexos, a pesar de no ser la primera neoplasia en frecuencia”. En otras palabras, el cáncer gástrico no representa el mayor número de casos, pero si el de mayor mortalidad sí se revisa el número de muertes por esta razón, y por ello “el diagnóstico y el tratamiento del

cáncer gástrico son reconocidos como prioridad de salud pública para el país” (p. 1).

La información de las diferentes fuentes converge en varios puntos que deben ser resaltados:

1. El cáncer comprende un conjunto de enfermedades crónicas con importantes implicaciones sociales y económicas.
2. Las estadísticas sobre el cáncer y los diversos tipos de cáncer pueden variar de una región a otra, aún más dentro de los mismos países, *v.g.* el cáncer gástrico tiene una mayor incidencia en la zona de la región Andina en Colombia, se ha venido disminuyendo en las últimas décadas en Estados Unidos, muestra menor prevalencia en Europa y en América Latina tiende a presentarse el mayor número de casos.
3. Pese a lo anterior, configura un problema de salud pública que exige de la acción estatal mediante políticas públicas y planes nacionales y en el caso de Colombia se han adoptado planes de largo plazo como protocolos que tienden, en primera instancia a su prevención y/o diagnóstico temprano.
4. El número de casos de muerte por diagnóstico de cáncer tiende a estar rodeando la mitad de la totalidad de situaciones registradas y dentro de estas, el de mayor impacto en términos de mortalidad es el cáncer gástrico.
5. Por las implicaciones sociales, económicas y sobre los derechos fundamentales, el cáncer se convierte en un asunto de relevancia jurídica, aunque desde esta perspectiva su abordaje resulte escaso dentro de los análisis, estudios e investigaciones.
6. Y finalmente el 30% de los cánceres son prevenibles de acuerdo al Ministerio de Salud y Protección Social (2012, p. 7). En esa medida se trata de un tema prioritario, pues se puede evitar el desgaste del

sistema de salud, así como el presupuesto del Estado, en tratamientos largos y complejos, cuya gravedad se extiende a la lesión de los bienes jurídicos tutelables más importantes.

En consecuencia, se tiene que las políticas, los planes y los protocolos que se formulan tienen como principal objetivo la detección temprana, oportuna, continua y de calidad de la enfermedad, lo cual exige un diagnóstico rápido y eficaz. Sin embargo, debe considerarse el respaldo científico: “un número importante de las acciones para la prevención y control del cáncer cuentan con estudios científicos que evalúan la eficacia y efectividad de las mismas, por lo tanto, es indispensable que las propuesta de acciones se formulen con base en el respaldo científico existente.

Ahora bien, Sierra (2017), explica que ante una falla del servicio en salud, por ejemplo en diagnósticos tardíos para el cáncer, se genera una responsabilidad económica para la entidad prestadora del servicio de salud:

La tardanza en la autorización o práctica de un examen especializado para descartar o confirmar un cáncer; la tardanza para autorizar o brindar una cita con el especialista; la tardanza para autorizar o practicar un procedimiento; la tardanza en la autorización o entrega de medicamentos o suministros; pueden significar que la enfermedad se torne irreversible y que inevitablemente el paciente quede condenado a la muerte o que sufra daños y secuelas irreversibles.

En otras palabras, cualquier procedimiento o examen tardío que conlleve a efectos negativos irreversibles sobre el paciente o que afecten de manera grave su situación, es motivo para reclamar en instancias judiciales el resarcimiento de perjuicios ocasionados, y la legislación opta por extender este derecho de acción no sólo al individuo lesionado sino también a sus familiares más próximos. De acuerdo a una columna del Diario El Tiempo (2014), en Colombia se tenía a la fecha cerca de 294 mil procesos contra el Estado por pretensiones que superaban los 191 billones de pesos, sin contar los procesos que se seguían en la jurisdicción ordinaria.

Situaciones jurídicas generadas

En la literatura no hay mayor información en torno a las situaciones jurídicas en el marco del diagnóstico del cáncer. Sin embargo, una revisión de algunos portales y sentencias pueden dar una idea sobre el fenómeno, su amplitud y características. El portal del Grupo Médico Legal BCN (2017) de España en una de sus secciones describe casos de éxito, esto es procesos judiciales que han llevado hasta condenas millonarias por falla en el servicio médico en el ámbito del diagnóstico del cáncer, algunas de éstas relacionadas con el cáncer de estómago o gástrico. Información similar es suministrada en el portal del grupo de abogados Gómez Menchaca también en España.

Un primer caso a resaltar, es sobre negligencia médica por retraso en el diagnóstico del cáncer de pulmón. En éste, se explica que el paciente se encontraba presentando problemas respiratorios y por ello se hacía controles anuales con neumólogo, hasta que en el 2011 un TAC torácico informó ausencia de patología y en el 2012 la radiografía sobre el tórax no pudo ser revisada por cancelación de cita por parte del profesional. A finales del 2012 el paciente ve complicada su salud y se le diagnosticó cáncer gástrico con metástasis en cáncer de pulmón. En el proceso se demostró que el TAC realizado al paciente un año antes había sido erróneamente valorado, lo cual fue causa directa de la lesión irreversible de la persona.

En otro caso presentado con sentencia del Juzgado Contencioso Administrativo 3° (2014) de Barcelona, se condena a la parte demandada Instituto Catalán de Salud, por “115.035,21 euros para el viudo; 47 931.33 para cada uno de los hijos y 9.586,26 para cada uno de los padres de la paciente fallecida”, además de intereses legales desde la fecha de reclamación. En este litigio se demostró el daño ocasionado por el retraso de más de un año en el diagnóstico del cáncer que sufría la paciente. Similares montos se demuestran en la sentencia del 14 de marzo de 2014 del Juzgado de Primera Instancia 34 de Barcelona, donde se condena a la parte demandada al pago de cerca de 95 mil euros a favor de la

demandante, por retraso en el diagnóstico de cáncer de mama. Otro caso pero este en torno a diagnóstico de cáncer gástrico, el Juzgado de Primera Instancia 38 de Barcelona del 29 de abril de 2013, se condena a la parte demandada por 20 mil euros más intereses. En este proceso judicial el Juzgado español afirma que “el retraso en la entrega de los resultados al paciente es excesivo y por lo tanto el funcionamiento anormal del servicio público produce un perjuicio [...]”, y en el caso objeto de litigio se describe que la endoscopia y biopsia es un proceso que tiende a demorar cerca de 10 a 15 días, pero en el paciente tuvo una duración superior a tres meses.

Ahora bien, el grupo de abogados Gómez Menchaca (2017), en el País Vasco (España) expone algunos casos llevados por la firma y algunas de las sentencias sobre los litigios. El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el 2014, en apelación, revoca el fallo de primera instancia y condena a la parte demandada al pago de 74 mil euros. En este caso, los hechos comienzan en el 2002 y terminan en noviembre de 2010 con la muerte de la paciente que padecía cáncer. Para el Tribunal, hubo una demora en el diagnóstico del cáncer y bajo la figura de la pérdida de oportunidad, argumenta que el retraso provocó la reducción de posibilidades de curación de la víctima llevándola a la muerte.

También este tribunal condenó por la misma razón a la parte demandada por 150 mil euros en favor de los familiares de una mujer de 40 años, quien murió a consecuencia del cáncer padecido y el cual se demoró más de seis meses en el diagnóstico. Sin embargo, en otro caso se condenó a la parte demandada por la suma de 25 mil euros frente a la muerte de una mujer de 54 años a razón de un cáncer padecido y cuyo diagnóstico demoró más de un año. Y en otro caso se condena a la parte demandada por la suma de 76 mil euros por la muerte de una mujer, cuyo diagnóstico demoró más de un año y que no tuvo posibilidades de tratamiento al momento de verse agravada su salud.

En los casos de los tribunales españoles y específicamente de los de Barcelona y el País Vasco, se evidencia que las cuantías pueden oscilar entre los 15 mil y superar los 150 mil euros. Esto se debe a varios factores

que logran rescatarse de las mismas sentencias: primero, el lapso de tiempo en que demora el diagnóstico efectivo, pues a mayor tiempo transcurrido más elevada la indemnización; segundo, los perjuicios ocasionados, pues al lesionarse el derecho a la vida esto es provocarse la muerte del paciente, mayor es la cuantía pecuniaria a indemnizar; tercero, el número de parientes cercanos por línea de consanguinidad y esposo(a), donde este último recibe una mayor cantidad de indemnización por perjuicios ocasionados; cuarto, la imposibilidad de aplicar tratamientos para salvarle la vida a la persona, es decir, en caso de no lograrse someter al paciente a tratamientos y procedimientos terapéuticos y/o médicos, se genera una mayor cuantía por concepto de indemnización; y quinto, la esperanza de vida o la edad del paciente. Respecto de este último elemento, expresa la firma Asjusa Abogados (2017) de Madrid:

Hay condenas que indemnizan incluso asumiendo el tribunal que la esperanza de vida del paciente era muy escasa. Este es el caso de una sentencia del TSJ de Madrid en la que condenó al Servicio Madrileño de Salud a indemnizar con 123.288 euros a la familia de un paciente que falleció como consecuencia de un tumor en la boca que, en un primer diagnóstico se valoró como benigno. El paciente tenía otros tumores también malignos, pero en el informe del perito se concluye que el cáncer que le provocó la muerte fue el de boca, que no se le trató a tiempo. El médico especialista, calculó en su informe que “el paciente tenía una esperanza de vida del 1,8 por ciento.

De acuerdo a lo anterior y en el contexto jurídico español, la esperanza de vida de la persona comprende un factor de análisis en los procesos de reclamación por falla médica tratándose del cáncer de estómago. Sin embargo, no el más importante, pues el criterio de análisis es la pérdida de oportunidad, la cual se establece bajo la óptica del diagnóstico, pues este es el que aumenta las posibilidades de efectividad del tratamiento que se designe. En otra sentencia del 2008, el Tribunal Superior de Madrid condenó por la suma de 130 mil euros a la parte demandada por la mala praxis en la asistencia del Hospital Príncipe de Asturias de Alcalá de Henares. En este caso el diagnóstico debía realizarse a comienzos de 2003, pero el mismo sólo se hizo hasta octubre de 2003 (Diario El País, 2008, 11 de marzo).

En sentencia del 22 de noviembre de 2012, la Corte Suprema de Justicia del Poder Judicial de Mendoza, aborda el caso de una mujer quien a finales de la década de los 80 presentaba un tumor en sus ovarios, por lo cual fue intervenida para la extirpación del mismo, aunque por no presentar tumoración se dejó intacto el ovario izquierdo. Con posterioridad, la paciente presentaba complicaciones en sus ovarios a finales de las década de los 90 y fue intervenida, aunque no se extrajo el ovario por no considerarse adecuado por el médico tratante. A consecuencia de ello, la paciente presentó una expansión de cáncer en el pulmón y el estómago. Sin embargo, la Corte consideró que la actividad del médico fue adecuada y oportuna, pues la doctora no logró demostrar el nexo causal y la negligencia o el error del médico.

[...] la queja de la actora se centra en el error de diagnóstico por parte del facultativo, y que motivó la realización de una práctica médica incompleta en relación a la patología que presentaba la paciente, ya que sostiene que debió extirparse el ovario izquierdo a efectos de su análisis y que tal impericia determinó la aparición de linfomas en el pulmón y en tumores malignos en la zona gástrica. Sin embargo, la recurrente no se hace cargo de los argumentos que tanto la Alzada –al igual que el juez de grado– consideraron a fin de sustentar el rechazo de la acción.

De esta sentencia se puede observar que en instancias judiciales, y frente a reclamaciones por erróneo diagnóstico en el caso de patologías como el cáncer, resulta fundamental y esencial comprobar el nexo causal entre el error en el diagnóstico y el deterioro de la salud del individuo, así como su negligencia. Sí el médico tratante demuestra que realizó acciones conforme a los métodos y adelantos científicos, es decir, su actividad resulta ajustado a lo especificado en la ciencia propiamente del galeno, no es dable calificar la misma como un acto negligente o culposo.

Conclusiones

El cáncer se constituye como una enfermedad maligna, que hace parte de un grupo de enfermedades que alteran y deterioran la calidad de vida de las personas y su grupo social, hace parte de un conjunto de enfermedades con repercusiones sociales, económicas y emocionales.

Atendiendo esto a las elevadas y crecientes estadísticas de la enfermedad, los Estados deben estar preparados para través de la medicina, atender oportunamente a la población que lo padece. El ordenamiento jurídico, debe ser garante para el paciente pero especialmente para el médico que se encarga de su diagnóstico y tratamiento.

La praxis y la responsabilidad médica frente a los diagnósticos de cáncer gástrico, se convierten en asunto de interés no sólo médico, sino que además en correspondencia a los postulados por la OMS tienen relevancia política y jurídica, que requiere de postulados jurídicos claros del ordenamiento jurídico colombiano a través de normas, políticas públicas, acciones de dichas políticas, que permitan conocer y controlar responsablemente enfermedades malignas que tienen dimensiones muy amplias, como el cáncer gástrico, que abarcan conocimientos científicos y experiencias que van desde las complejidades de la regulación molecular intracelular a las elecciones individuales del modo de vida.

Como citar el capítulo:

Aguilar-Bautista, Y.A., Aguilar-Barreto, C.P., Aguilar-Barreto, A.J., Parra Meaury, C., Ramírez Villamizar, G., y Flórez Hernández, S. (2018). Cáncer Gástrico: Situaciones jurídicas generadas a partir de su diagnóstico. En A.J. Aguilar-Barreto, V. Bermúdez-Pirela y Y.K. Hernández. (Eds.), *Sociedad y derecho*. (pp. 9-82). Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

DOI:

Referencias Bibliográficas

Aguilar-Barreto, A.J. y Aguilar-Barreto, C. (2017). La Política Pública Educativa: Desarrollo en el contexto Colombiano. En Graterol Rivas, M., Mendoza Bernal, M., Graterol Silva, R., Contreras Velásquez, J., Espinosa Castro, J (Eds.), *Derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica* (pp. 475-492). Maracaibo, estado Zulia, República Bolivariana de Venezuela: Publicaciones Universidad del Zulia. Recuperado en: <http://bonga.unisimon.edu.co/handle/123456789/2097>

Aguilar-Barreto, A.J., Jaimes, D. y Rodríguez, T. (2017). Educar: en el límite de la indiferencia y la desigualdad para humanizar. En Graterol Rivas, M., Mendoza Bernal, M., Graterol Silva, R., Contreras

Velásquez, J., Espinosa Castro, J (Eds.), *La Base de la Pirámide y la innovación frugal en América Latina* (pp. 248-270). Maracaibo, estado Zulia, República Bolivariana de Venezuela: Publicaciones Universidad del Zulia. Recuperado en: <http://bonga.unisimon.edu.co/handle/123456789/2103>

Aguilar-Barreto, A.J., Parada, A. y Aguilar-Barreto, C.P. (2017). Implementación del estatuto de roma: una mirada desde el derecho comparado. En Graterol-Rivas, M., Mendoza- Bernal, M., Graterol-Silva, R., Contreras-Velásquez, J., y Espinosa-Castro, J. (Ed.), *Derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica* (pp.292-333). Maracaibo, Venezuela: Publicaciones Universidad del Zulia.

Asjusa Abogados (2017). El retraso de diagnóstico de Oncología se paga. Recuperado de: <http://www.asjusa.com/el-retraso-de-diagnostico-en-oncologia-se-paga/>[26/03/2017]

Cáceres, M., Ruiz, F., Germá, J. y Busques, C. (2007). *Manual para el paciente oncológico y su familia*. Madrid: Sociedad Española de Oncología Médica.

Colombia. Corte Constitucional (2008, Julio 31) Sentencia T-760. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Colombia. Decreto del 5 de agosto de 1994. Decreto 1938. Diario Oficial No. 41.478 del 5 de agosto. Gobierno Nacional.

Colombia. Sentencia del 22 de noviembre de 2012. Causa N° 105.017. Mg. Jorge H. Nanclares. Corte Suprema de Justicia del Poder Judicial de Mendoza.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2000). *Observación General 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. Ginebra: Naciones Unidas.

Defensoría del Pueblo (2011). *La tutela y el derecho a la salud 2010*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.

Diario El País (2008, 11 de marzo). Cuatro condenas al Sermas por negligencias médicas. Recuperado de:

Diario El Tiempo (2014, 4 de septiembre). Fijan topes a millonarias indemnizaciones contra el Estado. *Artículo de prensa*. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-14484575>

[26/03/2017]

España. Juzgado Contencioso Administrativo 3º (2014). Sentencia del 26 de marzo/2014, Mg. Virginia de Francisco Ramos. Barcelona.

España. Sentencia del 14 de marzo de 2014. Mg. Anna Esther Queral. Juzgado de primera Instancia 34 de Barcelona

España. Sentencia del 29 de abril de 2013. Mg. Francisco González de Audicana Zorraquino. Juzgado de Primera Instancia 38 de Barcelona.

García, C. (2013). Actualización del diagnóstico y tratamiento del cáncer gástrico. *Revista Médica Clínica Las Condes*, 24(4), 627-636.

Grupo de Abogados Gómez Menchaca (2017). Casos de éxito. País Vasco, España. Recuperado de:

Grupo Médico Legal BCN (2017). Casos de éxito. Barcelona, España. Recuperado de: <http://www.grupomedicolegalbcn.com/seccion/retraso-en-el-diagnostico-de-cancer/page/2/> [21/03/2017]

Herráiz, M., Valentí, V., Sola, J., Pérez, P., Rotellar, F. y Cienfuegos, J. (2012). Cáncer gástrico hereditario difuso: estrategias para disminuir el riesgo tumoral. *Revista Española de Enfermedades Digestivas*, 104(6), 326-329.

Hurtado de Barrera, J. (2012). *Metodología de la investigación. Guía para una comprensión holística de la ciencia*. Caracas.

López, H., Ospina, J., Rubiano, J. y Rey, M. (2009). Cáncer gástrico. *Asociación Colombiana de Cirugía*. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <http://www.ascocirugia.org/guiasCirugia/cancer%20gastrico.pdf> [21/03/2017]

Martínez Miguélez. (2009). *Ciencia y Arte en la Metodología Cualitativa*. México: Trillas, 2004.

Mazzocco, I. (2013). *La noble igualdad*. Buenos Aires: Sudamericana.

Ministerio de Salud y Protección Social (2012). *Plan Nacional para el Control del Cáncer en Colombia 2012-2020*. Bogotá: Ministerio de Salud y Protección Social.

Miquel, J., Abad, R., Souto, J., Fabra, R., Vila, M., Bargalló, D., Vázquez, J. y Varas, M. (2006). Mucosectomía guiada por USE en el cáncer digestivo. *Revista Española de Enfermedades Digestivas*, 98(8), 591-596.

-
- Organización Mundial de la Salud (2015). Salud y derechos humanos. *Nota descriptiva No. 323*. Recuperado de: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/> [29/02/2017]
- Pérez, C., y Aguilar-Barreto, A.J. (2017). Verdad judicial: aproximación filosófica a su concepto en los criterios jurisprudenciales de la corte constitucional colombiana. En Graterol, M., Mendoza, M., Graterol Silva, R., Contreras, J., Espinosa Castro, J. (Ed), *Derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica* (pp356-378). Maracaibo, Venezuela: Publicaciones Universidad del Zulia.
- Pilco, P., Payet, E. y Cáceres, E. (2006). Cáncer gástrico en Lima Metropolitana. *Revista de Gastroenterología del Perú*, 26(4), 377-385.
- Piñol, F. y Paniagua, M. (1998). Cáncer gástrico. Factores de riesgo. *Revista Cubana de Oncología*, 14(3), 171-179.
- Rencoret, G. (2003). Auditoria médica: demandas y responsabilidad por negligencias médicas. Gestión de calidad: riesgos y conflictos. *Revista Chilena de Radiología*, 9 (3), 157-160.
- Sierra, J. (2017). Responsabilidad económica de las EPS por perjuicios causados. *Diario Occidente*. Publicación del 31 de marzo. Recuperado de: http://elpais.com/elpais/2008/03/11/actualidad/1205227024_850215.html [26/03/2017]
- Tamara, L., Jaramillo, S. y Muñoz, L. (2012). Informes periciales por presunta responsabilidad médica en Bogotá. *Revista Colombiana de Anestesiología*, 39(4), 489-505.
- Vega, R., Acosta, N., Mosquera, P., y Restrepo, O. (2009). *Atención primaria integral de salud: estrategia para la transformación del sistema de salud y el logro de la equidad en salud*. Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. / Secretaría Distrital de Salud.