

¿QUÉ SE ENTIENDE POR RESPONSABILIDAD DEL ACTO MÉDICO? UNA REFLEXIÓN DESDE LA BIOJURÍDICA

WHAT DO WE UNDERSTAND BY RESPONSIBILITY
IN THE MEDICAL ACTION? A REFLECTION FROM
THE PERSPECTIVE OF BIOLAW

QUE SE ENTENDE POR RESPONSABILIDADE
DO ATO MÉDICO? UMA REFLEXÃO A PARTIR DA
BIOJURÍDICA

*Martha Isabel Rivera Alvarado**

RESUMEN

Inevitablemente cuando de valorar una conducta que ha causado un daño se trata, se recurre a los elementos de análisis que aporta el Derecho, sin embargo, ¿se le podrá dar el mismo tratamiento a aquellas conductas desplegadas por el personal médico asistencial en el marco del acto médico? O serán insuficientes los aportes del Derecho en este examen, teniendo en cuenta no solo el vertiginoso avance que la ciencia médica ha alcanzado en los últimos años, sino, también, el hecho de que la prestación de servicios de salud se desarrolla dentro del complejo sistema de seguridad social en salud, el cual es el responsable de reglamentar la prestación de servicios de salud en el país.

PALABRAS CLAVE

Derecho, Bioderecho, Responsabilidad, Acto médico, Deontología.

* Especialista en gerencia, economía y finanzas de la salud, por la Universidad Pontificia Bolivariana (Colombia, Medellín, 2012). Abogada especialista en Clínica por la Universitaria Pontificia Bolivariana. Este artículo hace parte del resultado de investigación del proyecto “La responsabilidad en el ejercicio de la profesión médica”, del Instituto de Humanismo Cristiano.
Correo electrónico: martha.rivera@upb.edu.co

Artículo recibido el 13 de septiembre de 2013 y aprobado para su publicación el 18 de diciembre de 2013.



ABSTRACT

When we are dealing with valuing a conduct that has caused lots of pain, inevitably we appeal to elements of judgment belonging to Law. However, can we appeal to the same elements when valuing the conducts in which the medical staff engages in within the frame of medical actions? Or, bearing in mind not only the considerable progress achieved by medical sciences in the last few years, but also that medical care is provided within a complex system of social security that is responsible for regulating the provision of medical care in Colombia: can it be that the elements provided by Law in such an inspection are insufficient?

KEYWORDS

Law; Biolaw; Responsibility; Medical Action, Deontology.

RESUMO

Inevitavelmente, quando se trata de julgar uma conduta que causou algum mal, buscam-se elementos de análise oferecidos pelo direito; contudo, pode-se dar o mesmo tratamento às condutas desenroladas pelo pessoal médico assistente, no quadro do ato médico? Ou serão insuficientes os aportes do direito neste exame, tendo em conta não só o vertiginoso avanço que a ciência médica tem alcançado nos últimos anos, como também considerando que a prestação de serviços de saúde se desenvolve dentro do complexo sistema de seguro social de saúde, o qual é responsável por regulamentar a prestação de serviços de saúde na Colômbia.

PALAVRAS-CHAVE

Direito, Biodireito, Responsabilidade, Ato médico, Deontologia.

El estudio jurídico de la responsabilidad por el acto médico ha sido un espacio del conocimiento ya muy decantado; se pueden encontrar textos jurídicos extensos, dedicados a los elementos constitutivos de ésta, tales como la conducta, el daño y, por supuesto, el nexo causal que las articula. Por el contrario, desde la Biojurídica, el análisis del acto médico ha sido escaso, bien por su desconocimiento o bien porque nuestros operadores jurídicos no encuentran en ella una regla orientadora de la sana lógica y el juicio de valor sobre el cual fundamentar su fallo.

Lo anterior nos plantea algunos interrogantes: ¿el Derecho aporta los elementos necesarios para analizar el acto médico? o ¿para su estudio jurídico se requieren elementos externos a éste?

La cultura jurídica tradicional le ha encomendado al Derecho la honorable tarea de garantizar la armonía en la sociedad, procurando mantener un orden social y económico. Para ello, estructura todo un ordenamiento jurídico con el fin de ser una solución a los conflictos que se susciten entre los ciudadanos entre sí o de éstos con el Estado, lo cual ofrece certeza y seguridad a las relaciones sociales. Sin embargo, en razón de que las relaciones sociales son cada vez más complejas, el Derecho se está quedando cada vez más corto a la hora de establecer sus límites.

Por ejemplo, en el campo científico los ineludibles avances de la ciencia y la tecnología alcanzan terrenos inesperados con la experimentación sobre la vida misma, dicha actividad científica tiene su propio lenguaje y alcance, por lo tanto el lenguaje jurídico tradicional se va haciendo escaso, lo cual no ofrece seguridad jurídica al hombre sobre los posibles actos que surgen como consecuencia de la aplicación de éstos descubrimientos sobre el ser humano (*cf.* Naranjo). Se requiere, por lo tanto, dar una nueva dimensión y alcance al Derecho.

En este artículo proponemos adoptar una mirada del acto médico desde la óptica del Bioderecho en contraposición a lo preceptuado por el Derecho,

para finalmente afirmar que la estructura jurídica actual es insuficiente para que sea garante frente a los diferentes abordajes técnico científicos que se hagan sobre la vida.

Partimos del concepto de Bioderecho ofrecido por José María Martínez Val, quien acuña por primera vez el término en 1986:

El Bioderecho tiene por objeto el hombre mismo como “*sui iuris*!” instalado en la existencia, en una existencia propiamente humana, por tal razón le concierne cuanto afecte a su vida y condición desde sus más íntimas y específicas funciones, la reproducción artificial, madres en alquiler, manipulación de genes, embriones humanos..., le incumbe también la pertinencia de admitir normas que conculcan el derecho a la vida y producen la muerte, ya sea en su inicio con el aborto, acelerando su final con la eutanasia o la pena capital, el rechazo a un tratamiento médico (...) en una expresión, de cuantos fenómenos con trascendencia jurídica tienen que ver con la vida y la salud del hombre, desde su concepción hasta su muerte; incluso después de esta (Naranjo 1).

Dejando de fondo el concepto del Dr. Val, debemos abordar el panorama general en el que se desempeña de manera ordinaria el médico; posteriormente enfocaremos el tema y nos acercaremos a lo que la prestación de servicio se refiere, es decir, al acto médico en particular.

1. Generalidades de la organización del Sistema General de Seguridad Social (SGSS)

La iniciativa del Estado por crear toda una estructura administrativa con la finalidad de proteger al ciudadano en las contingencias de salud, pensión y riesgos profesionales (Ley 100 de 1993) fue, en su momento, inspiradora; no obstante este gran propósito, la realidad es otra en lo que corresponde a la salud.

1 Término usado en la antigua Roma como *sujeto de derechos*.

Hoy nos encontramos con un Sistema de Salud que funciona a medias, con un gasto de salud inmanejable y, lo más lamentable, en constante aumento. La estructura en si misma impone grandes restricciones en el acceso a los servicios y, sumado a esto, la escasa calidad en la prestación de los servicios, contrario a la que debería ser, la salud puede representar un mal para la sociedad, de ahí, las constantes quejas y reclamaciones por la vía judicial.

Frente a este panorama, y para frenar esta grave situación, se buscó cerrar las brechas entre la prestación y la demanda de servicios, así por ejemplo, se han expedido un sinnúmero de normas, leyes y decretos, no obstante, el panorama no cambia, es más, podríamos afirmar que la incertidumbre que tiene el ciudadano por lo que sucederá con el Sistema de Salud es un estado mental mucho más lamentable. Será “mejor malo conocido...”

Si la organización administrativa del Sistema de Salud tambalea, no ha de esperarse un escenario diferente en lo que se refiere a la prestación de servicios de salud.

Esta prestación está condicionada, por una parte, por lo que la normatividad del Sistema de Salud ha determinado, es decir, la estructura de un plan de beneficios (POS), la calidad del paciente, la calidad del usuario cotizante o beneficiario, entre otras; por otra parte, está condicionada por los lineamientos y estructura de la Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) la que a su vez establece sus propios estándares de atención, basados en los lineamientos normativos generales y sus objetivos económicos y financieros.

De igual manera, en lo que respecta a la atención, se han establecido patrones que si bien estandarizan el tiempo en la atención, también son una cortapisa a la hora de ofrecer una atención más cercana al paciente. En la misma línea encontramos los listados de medicamentos y procedimientos que, valga la claridad, no todos hacen parte del plan de beneficios; para aquellos medicamentos excluidos del plan se deben llenar requisitos administrativos adicionales (CTC), so pena de no serles reconocidos a las IPS.

Todas estas condiciones –o más bien limitaciones– establecidas en el Sistema de Salud por la vía normativa ignoran o se olvida de derechos fundamentales de las personas; es así que el establecimiento de unos límites en los cuales se debe prestar los servicios de salud es, en sí mismo, un atentado en contra de la dignidad misma.

También es impensable un sistema ilimitado, no alcanzarían todos los recursos económicos para sostenerlo, pero sí es un error establecer como medida de control solamente la variante productividad.

2. ¿Qué es el acto médico?

La medicina es una ciencia, la profesión médica es el ejercicio de un arte basado en ella, todo arte tiene una finalidad, llevar a cabo algo, pero el arte del ejercicio médico que es “el arte de curar” no tiene por finalidad conseguir algo, sino restablecer un estado... (cf. Jonás 99-101).

Ha de establecerse primero que el acto médico es una forma especial de relación entre personas, que surge en el momento en el cual, una persona afligida por su estado de salud –paciente– acude a una segunda –médico– para que con base en sus conocimientos y técnicas la restablezca al estado en que se encontraba; el médico, por su parte, deberá orientar todos sus esfuerzos para lograr este objetivo.

Visto de esta manera, el acto médico es un contrato verbal entre dos personas en el cual cada una de ellas se compromete a unas obligaciones determinadas.

Para el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el profesional de la salud, éste acude a sus conocimientos, entrenamiento y se apoya de los recursos técnicos y tecnológicos; es decir, emplea todos los medios disponibles para llevar a cabo un tratamiento o, si se requiere, para adelantar un procedimiento, con miras a una sola finalidad: la recuperación de la salud del paciente.

No obstante el interés de procurar un bien mayor, el profesional de la salud se encuentra ante la imposibilidad de garantizar un resultado, cualquiera que éste sea.

Por su lado, el paciente está obligado a brindarle al profesional de la salud toda la información y elementos necesarios para que éste pueda tener el conocimiento completo de aquello que le aqueja y así orientar la mejor alternativa.

3. Requisitos de existencia del acto médico

Para que se predique que estamos frente a la existencia de un acto médico, en primer lugar se requiere que sea ejecutado por un profesional de la medicina, pues solo éste puede efectuar un acto médico; en segundo lugar una ejecución típica, es decir, su ejecución conforme a la denominada *Lex Artis Ad hoc* (López 14-15), sujeta a las normas de excelencia médica de ese momento; en tercer lugar, debe tener por objetivo la curación o rehabilitación del enfermo y, en cuarto lugar, la licitud, esto es, la coherencia que debe existir entre la conducta desplegada por el médico con las normas legales.

La voluntad, –condición protegida por el Derecho– no es un elemento, *sine qua non*, para la existencia de la relación médico paciente ya que ésta puede darse aún sin mediar la voluntad de las partes, piénsese por ejemplo en los momentos de urgencia.

4. Naturaleza jurídica del acto médico: hecho o acto jurídico?

Actos Jurídicos

Se entiende por acto jurídico aquella manifestación de la voluntad tendiente a producir efectos jurídicos (Cf. Tamayo).

Hechos Jurídicos

El hecho jurídico es la mutación de la realidad que hace el hombre con consecuencias jurídicas relevantes. A su vez, existen hechos jurídicos lícitos y hechos jurídicos ilícitos, los primeros son los hechos que producen efectos jurídicos y no hay de por medio violación al orden normativo, los segundos son los que producen efectos jurídicos contrarios el orden normativo.

Con base en lo anterior, podemos establecer que del acto médico se desprenden dos tipos de consecuencias en Derecho: por un lado, las que resultan como efecto de considerar al acto médico un acto jurídico, por contar con el consentimiento y la voluntad de las partes (responsabilidad por el acto) y por el otro, las que resultan del acto médico como hecho jurídico, lo no querido por las partes que se traducen en perjuicios indemnizables.

Se parte de la premisa de que todo acto médico tiene implícitas, *per se*, unas consecuencias, unas del orden biológico que son las esperadas por el paciente, restablecer la salud, mejorar la funcionalidad de un órgano entre otras, pero pueden darse otras de orden jurídico, que si bien no son las queridas por las partes, se materializan, de manera que el resultado del actuar del médico tendrá que ver con la ley, ya que la conducta médica repercute sobre dos derechos fundamentales del ser humano: el Derecho a la vida y el Derecho a la salud (este último considerado así por la sentencia T 760 de 2008 de la honorable Corte Suprema de Justicia).

De tal suerte que cuando el médico actúa como tal, manipulando técnicas y conocimientos con miras a obtener un resultado concreto y esperado por las partes, es decir, actuando de acuerdo con el ejercicio profesional, el resultado de este acto tiene siempre implicaciones ante la ley; es pues, el acto médico (cualquiera que él sea diagnóstico, terapéutico, intervencionista) una fuente de la que emanan consecuencias jurídicas para el profesional que lo realiza y para el paciente que ha sido esencia de la actividad médica.

No obstante de existir un acuerdo de voluntades entre paciente y médico que le permita al profesional el abordaje; ambos deben estar de acuerdo en los fines perseguidos con la intervención, esta autorización no es ilimitada según la discrecionalidad del profesional, ya que el paciente (sujeto pasivo) tiene derechos que el médico tendrá que preservar y deberá comprometerse a defenderlos; inclusive, irá más allá y tratará de recuperarlos. Frente a estos derechos, el profesional de la salud adquiere una posición excepcional, se convierte en el garante de éstos, por lo cual hará todo lo que esté a su alcance para su salvaguarda.

Entre los derechos asociados a la relación médico-paciente, y reconocidos previamente en la ley o en la Jurisprudencia, encontramos los derechos a la vida, a la información, a la salud, a la integridad corporal, al asesoramiento y consejo.

No obstante, decir que la única fuente de las obligaciones del personal asistencial se encuentra enmarcado en la ley, sería no solo impreciso, sino que equivaldría a reducir la actividad médica a lo que el legislador ha establecido, no se puede dejar de lado las disposiciones de carácter deontológico que, dada la naturaleza y el objeto al cual se orienta la profesión médica, se hacen cada vez más exigentes y exigibles.

5. Deberes implícitos en el acto médico

En lo que corresponde al ejercicio de una profesión, los deberes y obligaciones han sido fundados para garantizar la ética en el desarrollo de esa profesión, en lo que a la salud se refiere, estos se hacen aún más más exigibles, la razón es que la profesión médica está directamente vinculada con la esencia propia del ser humano, por lo que la menor imprudencia, descuido o negligencia adquiere una dimensión trascendental sobre la vida, la salud y la sociedad.

A continuación se presentan algunos deberes propios del acto médico: el secreto profesional, en cuanto a la confidencialidad que le asiste al médico

de no revelar lo que con ocasión de la atención le ha sido confiado; el deber de informar y diligenciar el consentimiento informado, toda vez que en la actualidad este deber es el punto sobre el cual se están debatiendo la mayoría de las reclamaciones judiciales; el deber de realizar las prácticas necesarias para la vida, en el cual la autonomía de la voluntad del paciente establece el límite sobre el cual el médico debe desempeñar su asistencia. Finalmente, la continuidad en el tratamiento, deber que revela que la asistencia médica no termina en el momento del egreso; va más allá.

5.1. Secreto profesional

De acuerdo con la definición legal, se entiende por *secreto profesional* “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 (Artículo 37 ley 23 de 1981).

Este es uno de los deberes que genera mayor conflicto frente a otros deberes de la persona.

Frente al alcance de este Derecho, la Corte Constitucional ha sostenido:

El secreto profesional ofrece una estructura en la que se destaca una persona que confía en determinado profesional una información que no puede trascender por fuera de esa relación o que éste le permite conocer, inspeccionar su cuerpo, su mente o sus sentimientos más recónditos, todo lo cual se hace por la función social que desempeña el profesional a través de esta relación se satisfacen variadas necesidades. Una vez conocida la información dentro de esta relación el paciente adquiere el Derecho a que se mantenga el sigilo, derecho que es oponible frente al propio profesional y frente a terceros; así mismo el profesional en relación al paciente adquiere el deber de preservar el secreto (Sentencia C-266 de 1996).

La confidencialidad de la información de la cual es destinatario el profesional de la salud deriva del derecho que tiene la persona a la

intimidad; el derecho a la intimidad es fundamental y está ligado a la dignidad de la persona. Este derecho comprende no solo lo que se dice, sino las observaciones y conclusiones a las que se llegan con ocasión de la relación médico - paciente.

A pesar de que los profesionales de la salud comprenden que el secreto profesional es uno de los presupuestos necesarios en la relación médico paciente, hoy día es cada vez más difícil salvaguardarlo. Por un lado, la sociedad de la información y de las nuevas tecnologías en las que estamos inmersos ha permitido el libre acceso e indiscriminado a múltiples datos y de una manera rápida, de otro lado, las denominadas “auditorías” –las cuales son llevadas a cabo por las aseguradoras con el objetivo de controlar que la atención prestada cumpla con los parámetros de pertinencia y oportunidad de las cuentas– permite un acceso ilimitado a cualquier información contenida y registrada en la historia clínica por el equipo médico.

Lo anterior, sumado a la forma y estructura que tiene hoy el Sistema de Salud, hace imposible que tanto el profesional como las entidades prestadoras de servicios de salud garanticen la protección y defensa de este Derecho.

De continuar con el modelo de las auditorías, en el cual la información clínica es la fuente y el soporte de la cuenta administrativa y económica, no se podrá garantizar el goce efectivo el Derecho a la intimidad de los pacientes.

5.2 Información adecuada y consentimiento

Es innegable, y de conocimiento público, que los pacientes tienen el derecho a ser informados sobre cualquier decisión médica que comprometa su salud y que con base en la información, la persona tome la decisión de autorizar, o no, la ejecución del plan terapéutico propuesto a través del consentimiento informado.

Sin embargo, no podemos dejar de observar que tanto el deber jurídico de informar y la prueba física a través del consentimiento informado habían sido ajenos a la tradición médica; a lo largo de la historia no se había contemplado como un deber del médico, sino como un acto de cortesía de éste; fue a partir de la Constitución de 1991 que se tomó conciencia de ello como una de los presupuestos de una mejor calidad en la atención.

La tradición médica ha tenido carácter esencialmente paternalista (Todo por el paciente, pero sin el paciente) y sobre la base de ese entorno paternalista resultaba que la relación entre médico - paciente era de carácter meramente vertical; hoy día, sin embargo, la relación trata de adoptar una forma esencialmente horizontal que respeta las circunstancias éticas y morales de cada persona que acude a los servicios de salud y ello exige poner en práctica las técnicas de información (Guerrero).

La medicina de la “preferencia” externa; es decir, donde el médico “prefiere” por el paciente, ha sido abandonada hace tiempo; la práctica médica ha trascendido de la mano de la normatividad que ha determinado la existencia de los derechos del paciente a elegir, a ser informado, a la libertad, etc.

Es de conocimiento público que “la relación médico -paciente es por característica propia una relación asimétrica” y que dicha asimetría radica en la disparidad de roles de cada actor, uno busca ayuda ante una necesidad en su estado de salud, el otro acude a ese llamado con el conocimiento, experticia y experiencia para ayudarlo.

Por causa de esa disparidad o asimetría en la información surge el derecho del paciente a ser correctamente informado y, así mismo, nace para el médico el deber jurídico de informar verazmente a su paciente.

El derecho a la información está protegido constitucionalmente, por tal razón, su trasgresión e inobservancia acarrea para el profesional de la salud consecuencias de carácter ético y legal, independiente de que exista, o no, una mala práctica, así las cosas, el deber de informar es, *per se*, una mala praxis, dándole la categoría de un deber de primer orden.

El derecho a la información fue una importante conquista en el nuevo ordenamiento constitucional (Constitución Política de 1991); permitió que se respetara la autonomía del paciente, sus decisiones y creencias; sin embargo, en un mundo cada vez con más información subyace el peligro de estar subinformado o suprainformado, lo cual constituye a su vez en una distorsión con la información. Se debe replantear entonces: ¿Qué debe informarse?, ¿hasta dónde informar?

5.2.1 Alcance del deber de informar

- La obligación de informar previamente al consentimiento informado no es una obligación meramente comunicativa, sino que éste reviste un carácter muy especial.
- Es una obligación de carácter contractual, pero supera esta condición.
- La información suministrada tiene límites (privilegio terapéutico).
- La información debe ser comprensible para el paciente.
- La información a suministrar no se agota en un solo acto, debe ser continua y permanente de acuerdo con la evolución del estado de salud.
- La información debe registrarse por escrito en la historia clínica, previo al consentimiento informado.

El derecho a la información debe concebirse de manera autónoma como una garantía del respeto que se tiene por los pacientes y no como una obligación a cargo del personal asistencial o como una prueba en el caso de un proceso legal.

5.3 Deber de realizar las prácticas necesarias para mantener la vida del paciente

El médico tiene el deber de realizar las prácticas necesarias para mantener la vida del paciente. Desde que realiza el juramento hipocrático este es uno de los deberes más señalados y trascendentes en su formación.

La obligación de los médicos de preservar la salud de cualquier persona y en cualquier circunstancia, no solamente reconoce fundamentos éticos

sino también jurídicos que sancionan el abandono de personas y todo tipo de complicidad o instigación al suicidio.

Este deber de preservar la vida de los pacientes se aplica también al paciente terminal, aunque consideramos que, en ese caso, se aplica la regla de la razón proporcionada, evitando justificar despropósitos o ingentes medios que, se sabe, no van a cambiar el desenlace, sino, a lo sumo, lo retardarán o prolongarán una situación penosa.

Tampoco es sostener que un enfermo terminal no tiene Derecho a una adecuada atención médica y a que se dispongan para él de todos los medios para lograr de alguna manera el restablecimiento de la salud o, por lo menos, el menor sufrimiento. De incumplir esta obligación, quizá la falta de atención no sea la causa del deceso, por el contrario, la atención puede ser la fuente de mayores padecimientos que deben soportar familiares y el paciente, así que la conducta del profesional será igualmente reprochable y por lo tanto será objeto de indemnización.

En razón de los diferentes pronunciamientos normativos y jurisprudenciales en torno al aborto y la eutanasia, el profesional de la salud se encuentra en un constante dilema frente a la continuidad o escalamiento terapéutico en aras de proteger la vida; ya que el principio de autonomía está llegando a puntos tan extremos, inclusive la limitación del actuar profesional.

5.4. Continuidad en el tratamiento

Es el acompañamiento del personal de la salud durante el tratamiento del paciente para garantizar la recuperación de su estado de salud, aunque vía jurisprudencial y en fallos la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que

La asunción voluntaria de la protección del paciente en calidad de garante, no termina para el médico con la realización del tratamiento sino que se extiende al momento en que sea dado de alta con carácter definitivo –que va más allá por supuesto, de la sola salida de la clínica o centro de atención- o la persona sometida al tratamiento, lo abandone

voluntariamente (Sentencia proceso 33920 Corte suprema de Justicia sala de casación penal 11 de abril de 2012)

Sin embargo, tal y como está estructurado el Sistema de Salud, la continuidad en el tratamiento se le dificulta al personal de la salud, toda vez que es la Aseguradora, como ente responsable del paciente, la que autoriza y direcciona la atención del paciente durante su tratamiento, por lo tanto, si ésta lo dirige a otra institución o a otro profesional, se sale de la esfera del médico continuar con el seguimiento.

6. *¿Cuándo surge la responsabilidad?*

Antes de analizar los aspectos de la responsabilidad médica, es preciso aclarar que la responsabilidad médica no es una excepción dentro del ordenamiento jurídico, ni tiene una construcción diferente a la responsabilidad civil que conocemos.

La responsabilidad médica constituye una parte especial de la responsabilidad profesional, y al igual que ésta, se halla sometida a los mismos principios de la responsabilidad en general (López 3).

Tal como lo establecimos al inicio del capítulo, la responsabilidad ha sido estudiada desde la mirada jurídica, por tal razón, partimos de una definición legal, “La responsabilidad es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado de forma ilícita debe indemnizar los daños producidos a terceros” (Tamayo 3).

En relación con la definición, revisemos sus elementos.

6.1 Consecuencia Jurídica

Es un principio legal y a la vez una garantía, el hecho de que toda norma y sus consecuencias deben ser conocidas por el ciudadano de manera previa. Estamos exponiendo aquí, *grosso modo*, el principio de legalidad,

por lo tanto, a una persona no se le puede reprochar el incumplimiento de ninguna obligación o deber jurídico sin que este lo haya conocido previamente.

Es así que las consecuencias jurídicas son establecidas en cada jurisdicción, así por ejemplo, si se trata de la jurisdicción penal, las consecuencias irán desde la multa hasta la pena privativa de la libertad, dependiendo de la norma trasgredida, si estamos en el terreno de la jurisdicción civil, las consecuencias serán de carácter pecuniario, tratándose de la jurisdicción ética tendremos desde la amonestación privada hasta la suspensión temporal del ejercicio profesional.

Estas consecuencias son conocidas por la mayoría de ciudadanos, quienes deben ajustar su conducta si no quieren soportar una consecuencia previamente establecida en la ley.

6.2 Comportamiento ilícito

Es aquel comportamiento contrario a lo preceptuado normativamente. Para una mayor claridad ha de saberse que la razón de ser de cada jurisdicción, sea esta civil, penal, administrativa, ética, contencioso administrativa, es la protección o tutela de un bien jurídico socialmente relevante. Por ejemplo, el fin del Derecho penal es la salvaguarda de la vida y honra de las personas, del Derecho civil, la protección del patrimonio de los ciudadanos, de la ética, el ejercicio ético de la profesión médica.

Cada jurisdicción protege un bien determinado y en ese sentido se construye toda una estructura normativa que debe ser observada y acatada, de lo contrario, se considera un comportamiento ilícito que debe ser sancionado a través de una consecuencia jurídica establecida para tal trasgresión.

En lo referente a la práctica médica, esta puede encasillarse o en la responsabilidad civil, la cual pretende resarcir económicamente los daños, o en la responsabilidad penal, la cual pretende la pena privativa de la

libertad en los casos en que se considera que el profesional incurrió en un delito, o en la responsabilidad ética, la cual pretende o que el profesional reciba una amonestación o que se le prive de su ejercicio profesional y así salvaguardar la ética en la profesión.

6.3 Indemnizar el daño

La indemnización por responsabilidad médica es generalmente pecuniaria, es decir, el médico al que se le endilga la responsabilidad a través de un proceso legal es condenado a pagar una suma en dinero que determina y falla un juez.

7. ¿Existen limitaciones desde el ámbito jurídico para ejercer el acto médico?

La relación entre la Medicina y el Derecho se ha tornado cada vez más difícil en los últimos años, a pesar de que ambas disciplinas propenden por el bienestar social, pareciera que al Derecho le correspondiera salir en defensa de la sociedad frente de la medicina, y a su vez, la Medicina, tuviera que actuar a la defensiva ante a las mirada inquisitiva del Derecho.

Una vez que la práctica médica abandonó su tradición, el principio de beneficencia que la regía cedió su anterior primacía al principio de la autonomía. Hoy, cuando el paciente manifiesta su decisión frente a un tratamiento que le plantea su médico, desplaza el principio de beneficencia, y resulta de menor importancia que el derecho a la autonomía. “Se ha consolidado definitivamente la evolución de la concepción del paciente como sujeto pasivo en la relación médica, a la del paciente como titular de Derechos (García, ctd en López 27).

Es allí que encontramos el primer freno al acto médico. El profesional deberá ceñirse a lo permitido por el paciente, so pena de extralimitarse en aquella autorización dada por ésta la hora de consultarlo y tener consecuencias jurídicas.

De otro lado, la Constitución del 1991, y su constante desarrollo jurisprudencial, ha proporcionado toda una estructura normativa a derechos como la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, el mismo derecho a la salud, considerado fundamental en la sentencia T 760 de 2008, la despenalización del aborto en las tres circunstancias de la sentencia T 355 de 2006, la objeción de conciencia, etc.

Desarrollos normativos que han tenido como consecuencia que la actividad médica se ejerza pensando primero en la adecuación normativa (firmando registros, solicitando autorizaciones, documentando consentimientos, etc.) y luego en la persona.

Lo anterior es una muestra de que el acto médico dejó de ser una práctica meramente asistencial y de cara al paciente para entrar en terrenos legales, de obligaciones, contrato y, sobre todo, de consecuencias jurídicas.

No obstante, es necesario establecer límites en la atención en aras de ofrecer protección a la parte más vulnerable de la relación médico paciente.

Conclusiones

Partimos del hecho de que existen, y existirán, tensiones entre lo que establece la normativa y la práctica médica. La definición de lo aceptable, en relación con las diversas formas de intervenir en el fenómeno de la vida, es un punto que cuestiona cada vez con mayor intensidad al Derecho.

Actualmente se acude al Derecho con distintos propósitos. En ocasiones, se pretende eliminar ciertas trabas y prohibiciones legales previas que impiden la investigación, la práctica de ciertos procedimientos o el desarrollo de nuevas tecnologías; por el contrario, otras veces, se valen del Derecho para que prohíba e, incluso, establezca sanciones que restrinjan el acceso a esas mismas prácticas o técnicas potencialmente lesivas para el ser humano y su entorno.

En realidad, se podría llegar a afirmar que no existe otro ámbito, como el jurídico, en el que los dilemas bioéticos, presenten tanta derivación e impacto. Es más, precisamente aquellos dilemas de mayor trascendencia social, se transforman, en la mayoría de los casos, en grandes debates jurídicos (Cf. Aparisi).

La dificultad que siempre se ha presentado a la hora de establecer parámetros generales que den respuesta a los debates bioéticos con trascendencia legal es fundamentalmente la conceptual.

Socialmente confundimos los asuntos éticos con los morales y éstos con concepciones religiosas, esta indistinción no es ajena a nuestros juristas.

En definitiva, se entiende que estamos ante problemas y reflexiones ajenos a la ciencia jurídica tradicional; es decir, la construcción normativa, tal y como la conocemos, es insuficiente, escasa a la hora de establecer lineamientos jurídicos que tienda a proteger, garantizar y mantener la vida en cualquier intervención que sobre ésta se realice.

e

Lista de referencias

- Aparisi Miralles, Angela. *Bioética, bioderecho y biojurídica*. 1 nov. 2012
<http://www2.uah.es/filder/bioetica_bioDerecho_biojuridica.pdf>.
- Guerrero Zaplana, José. *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria: doctrina, jurisprudencia, legislación y formularios*. Valladolid: Editorial Lex Nova, S.A., 2006.
- Jonás, Hans. *Técnica medicina y ética: sobre la práctica del principio de responsabilidad*. Barcelona: Paidós, 1997.
- López Mesa, Marcelo J. *Tratado de responsabilidad médica: responsabilidad civil, penal y hospitalaria*. Buenos aires: Legis, 2007

Naranjo, Gloria. *Investigación en genética humana y Derecho*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2006

Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá: Legis, 2007