

RETOS Y PERSPECTIVAS DEL DERECHO MÉDICO



Editores científicos

JENNIFER STELLA MARIN Y GERARD RINCÓN ANDREU

Autores

CARLOS EDUARDO MALDONADO, JOSÉ LÓPEZ OLIVA, ANDREA ALARCÓN PEÑA,
DIANA MARÍA REY LEMA, MÓNICA MINOW CARDONA RENTERÍA,
JORGE LUIS RESTREPO PIMIENTA, HERNANDO URIBE VARGAS,
JAIME ALBERTO PALOMINO ARIAS, DIEGO LEÓN GÓMEZ MARTÍNEZ,
JULIÁN COHEN RÍOS Y JULIANA SINISTERRA QUINTERO

VEGUELO
UNIVERSITARIO

USC
UNIVERSIDAD
SANTIAGO
DE CALI

EDITORIAL

Aequitas:
colección de la Facultad de Derecho



Cita este libro / Cite this book:

Marín Ordoñez, J. y Rincón Andreu, G. (ed. científicos). (2024). Retos y Perspectivas del Derecho Médico. Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali.

Palabras Clave:

Ética, Bioética, Daño Indemnizable, Eutanasia, Seguridad social, sistema sanitario, medicina prepagada, contratos de salud, responsabilidad médica, disforia de género.

Keywords:

Ethic, Bioethical, compensable damage, Euthanasia, social security, sanitary system, Prepaid medicine, health contracts, Medical liability, gender dysphoria.

Contenido relacionado:

www.usc.edu.co/investigaciones/

RETOS Y PERSPECTIVAS DEL DERECHO MÉDICO

CHALLENGES AND PROSPECTS OF MEDICAL LAW

Editores científicos

JENNIFER STELLA MARIN Y GERARD RINCÓN ANDREU

Autores

CARLOS EDUARDO MALDONADO, JOSÉ LÓPEZ OLIVA, ANDREA ALARCÓN PEÑA,
DIANA MARÍA REY LEMA, MÓNICA MINOW CARDONA RENTERÍA,
JORGE LUIS RESTREPO PIMIENTA, HERNANDO URIBE VARGAS,
JAIME ALBERTO PALOMINO ARIAS, DIEGO LEÓN GÓMEZ MARTÍNEZ,
JULIÁN COHEN RÍOS Y JULIANA SINISTERRA QUINTERO



EDITORIAL

Aequitas:
Colección de la Facultad de Derecho

Retos y Perspectivas del Derecho Médico / Jennifer Stella Marín Ordoñez – Gerard Rincón Andreu [Editores científicos]. -- Santiago de Cali: Universidad Santiago de Cali, 2024.

258 páginas; 24 cm.
Incluye referencias bibliográficas.

ISBN IMPRESO: 978-628-7604-89-6 ISBN DIGITAL: 978-628-7604-90-2

1. Bioética 2. Daño Indemnizable 3. Eutanasia 4. Sistema sanitario 5. Medicina prepagada 6. Discriminación de género. I. Jennifer Stella Marín Ordoñez II. Gerard Rincón Andreu Universidad Santiago de Cali. Facultad de Derecho

SCDD 344.041 ed. 23

CO-CaUSC

JRGB/2024



Aequitas

Retos y Perspectivas del Derecho Médico.

© Universidad Santiago de Cali.

© Editores científicos: Jennifer Stella Marín Ordoñez y Gerard Rincón Andreu.

© Autores: Carlos Eduardo Maldonado, José López Oliva, Andrea Alarcón Peña, Diana María Rey Lema, Mónica Minow Cardona Rentería, Jorge Luis Restrepo Pimienta, Hernando Uribe Vargas, Jaime Alberto Palomino Arias, Diego León Gómez Martínez, Julián Cohen Ríos, Juliana Sinisterra Quintero. Cali, Colombia - 2024.

Comité Editorial / Editorial Board

Claudia Liliana Zúñiga Cañón
Jonathan Steven Pelegrín Ramírez
Doris Lilia Andrade Agudelo
Odín Ávila Rojas
Alexander Luna Nieto
Ivan Dario Ruiz Hidalgo
Héctor Manuel Cuevas Arenas
Florencio Arias Coronel
Jhonny Carpediem Gómez

Proceso de arbitraje doble ciego:

“Double blind” peer-review.

Recepción / Submission:

Julio (July) de 2023.

Evaluación de contenidos / Peer-review outcome:

Noviembre (November) de 2023.

Correcciones de autor / Improved version submission:

Febrero (February) de 2024.

Aprobación / Acceptance:

Mayo (May) de 2024.



La editorial de la Universidad Santiago de Cali se adhiere a la filosofía de acceso abierto. Este libro está licenciado bajo los términos de la Atribución 4.0 de Creative Commons (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>), que permite el uso, el intercambio, adaptación, distribución y reproducción en cualquier medio o formato, siempre y cuando se dé crédito al autor o autores originales y a la fuente <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

Agradecimientos

Agradecemos a la Universidad Santiago de Cali por disponer los medios para hacer posible esta publicación, a los docentes del programa de Maestría en Derecho Médico que en esta ocasión han nutrido significativamente con sus trabajos este libro, a los estudiantes y tutores por su compromiso y dedicación en el desarrollo de sus investigaciones. Así mismo, agradecemos a nuestro amigo y editor en jefe Edward Javier Ordoñez q. e. p. d., quien se despidió de nosotros antes de tiempo y apoyó desde sus inicios la iniciativa de producir este trabajo que hoy presentamos en su tercera versión.

TABLA DE CONTENIDO

Introducción	11
Donde Termina la Ética, allí Comienza la Bioética	19
<i>Carlos Eduardo Maldonado, Universidad El Bosque, Universidad Santiago de Cali</i>	
La Teoría de la Vida Como Daño Indemnizable. Aproximaciones a Partir del Concepto de Persona y del Principialismo de la Bioética Médica y la Salud Pública	45
<i>José López Oliva, Universidad Militar Nueva Granada, Universidad Santiago de Cali</i>	
<i>Andrea Alarcón Peña, Universidad Militar Nueva Granada</i>	
<i>Diana María Rey Lema, Profesora Universidad El Bosque, Universidad Santiago de Cali</i>	
Autonomía Ética del Médico Frente a la Práctica de la Eutanasia en Colombia: Dilema Contemporáneo Sobre la Subrogación del Derecho a Morir Dignamente	77
<i>Mónica Minow Cardona Rentería, Universidad Santiago de Cali</i>	
Sistema Sanitario en la Efectividad del Derecho a la Seguridad Social en Salud	121
<i>Jorge Luis Restrepo Pimienta, Universidad del Atlántico, Universidad Santiago de Cali</i>	
Notas Sobre el Contrato de Medicina Prepagada	143
<i>Hernando Uribe Vargas, Universidad Santiago de Cali</i>	
Interpretación Jurídica y Carga Dinámica de la Prueba en la Responsabilidad Civil Médica: un Acto de Construcción Jurídica de la Corte Suprema de Justicia Colombiana	177
<i>Jaime Alberto Palomino Arias, Universidad Santiago de Cali</i>	
<i>Diego León Gómez Martínez, Magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca</i>	
La Responsabilidad Jurídica del Cirujano en el Manejo Quirúrgico de la Disforia De Género	205
<i>Julián Cohen Ríos, Universidad Santiago de Cali</i>	
<i>Juliana Sinisterra Quintero, Universidad del Valle</i>	
Acerca de los autores	251
Pares evaluadores	255

Table of contents

Introduction	11
There, Where Ethics Ends, Starts Bioethics	19
Carlos Eduardo Maldonado, <i>Universidad El Bosque, Universidad Santiago de Cali</i>	
The Theory of Life as Compensable Damage. Approaches Based on the Concept of the Person and the Principles of Medical Bioethics and Public Health.	45
José López Oliva, <i>Universidad Militar Nueva Granada, Universidad Santiago de Cali</i>	
Andrea Alarcón Peña, <i>Universidad Militar Nueva Granada</i>	
Diana María Rey Lema, <i>Profesora Universidad El Bosque, Universidad Santiago de Cali</i>	
Ethical Autonomy of the Physician Facing the Practice of Euthanasia in Colombia: Contemporary Dilemma on the Surrogation of the Right to Die with Dignity	77
Mónica Minow Cardona Rentería, <i>Universidad Santiago de Cali</i>	
Health Care System in the Effectiveness of the Right to Social Security in Health Care.....	121
Jorge Luis Restrepo Pimienta, <i>Universidad del Atlántico, Universidad Santiago de Cali</i>	
Notes on the Prepaid Medicine Contract.....	143
Hernando Uribe Vargas, <i>Universidad Santiago de Cali</i>	
Legal Interpretation and Dynamic Burden of Proof in Medical Civil Liability: An Act of Legal Construction by the Colombian Supreme Court of Justice.	177
Jaime Alberto Palomino Arias, <i>Universidad Santiago de Cali</i>	
Diego León Gómez Martínez, <i>Magistrado Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca</i>	
The Legal Liability of The Surgeon in the Surgery of Gender Dysphoria	205
Julían Cohen Ríos, <i>Universidad Santiago de Cali</i>	
Juliana Sinisterra Quintero, <i>Universidad del Valle</i>	
About the authors.....	251
Peer reviewers	255

Introducción

Introduction

En 2021, bajo este mismo sello editorial, salió a la luz la primera obra colectiva sobre Derecho Médico impulsada desde la academia de la Universidad Santiago de Cali, concretamente, desde la dirección de la Maestría en Derecho Médico y la decanatura de la Facultad de Derecho (2019-2020). En aquella ocasión, bajo el título “Fundamentos de Derecho Médico”, se publicaron un total de diez capítulos a modo de manual, autoría de distintos estudiantes del mencionado posgrado junto con sus respectivos tutores.

Posteriormente, en el año 2022 se publicó el libro “Casos en Derecho Médico” en el marco de la Colección de la Facultad de Derecho “*Aequitas*”, que seguía la estela del manual mencionado *ut supra*, pero, como su propio nombre indica, compuesto por capítulos independientes, que partían de la más variada casuística que uno pueda encontrarse dentro del derecho sanitario.

A la fecha, tienen en sus manos el que viene a ser el tercer volumen de esta colección sobre una de las más pujantes áreas de las ciencias jurídicas, en la que se estudian los aspectos jurídico-legales entorno a la investigación en ciencias de la salud en su amplio abanico —medicina, farmacéutica, biomedicina, entre otros—. Pero, antes de adentrarnos en introducir cómo se articula el presente libro, debemos preguntarnos, por un lado: ¿por qué es necesario el Derecho Médico?

La pregunta debe resolverse, para ser justos y rigurosos, desde un prisma historicista. En este sentido, el catedrático Jorge Luis Tomillo Urbina, en su artículo titulado Medicina y Derecho: los orígenes

de la juridificación de la prestación de servicios médicos (2010)¹, nos recuerda que de la relación entre médicos y juristas existen evidencias históricas documentadas desde la época medieval, aunque, en aquel entonces, ambos profesionales estaban convencidos que el acto médico y las ciencias jurídicas eran realidades separables a razón de materia. Sin embargo, más tarde se percataron de la necesidad de someter a derecho el acto médico mediante la ruptura del principio de soberanía de los códigos deontológicos, deviniendo derecho y medicina en un quehacer inescindible.

El razonamiento, tal y como dilucidó Tomillo (2010) es simple, los ciudadanos exigen que las conductas de los médicos sean enjuiciadas no solo por los médicos, con criterios médicos, sino también por la propia sociedad con arreglo a los valores imperantes según la cambiante realidad social; “todo ello sin perjuicio de los criterios jurídicos y científicos que informan la legislación y la jurisprudencia a través del concepto *lex artis ad hoc*”².

Por otro lado, tampoco podemos dejar de preguntarnos el eterno dilema: ¿podemos considerar el Derecho Médico como una auténtica rama del derecho? Al respecto, huelga confesar que esta no es una cuestión pacífica. Para ello es menester determinar si el conjunto normativo que regula el acto médico, así como la jurisprudencia que emana del mismo tienen suficiente autonomía y caracteres diferenciales que nos conduzcan, indefectiblemente, a concluir que el Derecho Médico constituye una nueva rama del derecho. En este caso, nos decantamos por pensar que estamos ante un constructo enraizado en su propia vocación de plena autonomía, que como configuración temática se cimienta en los clásicos temas de responsabilidad médica (civil-penal-administrativa), pero que en su órbita también giran y se conectan muchos otros temas como la relación médico-paciente, la historia clínica, el secreto profesional, el consentimiento informa-

1 Tomillo, J.L. (2010). Medicina y Derecho: los orígenes de la juridificación de la prestación de servicios médicos. 8 (1). Págs. 169-182. <https://n9.cl/2ndk8p>

2 Tomillo, J.L. (2010). Medicina y Derecho: los orígenes de la juridificación de la prestación de servicios médicos. Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI 8 (1). Pág. 172. <https://n9.cl/2ndk8p>

do, etc.; siendo la interdisciplinariedad el patrón estrella del Derecho Médico.

Esta obra colectiva se desarrolla sobre tres ejes temáticos principales, la ética y la bioética, el sistema de seguridad social colombiano y la responsabilidad médica. En lo que a la ética y bioética se refiere, se detalla desde una perspectiva filosófica y teórica, para posteriormente unir estos aspectos filosóficos con la teoría de la vida como daño indemnizable y la ética médica en la práctica de la eutanasia. Por su parte, el segundo eje está representado en los capítulos 4 y 5 que se centran en la efectividad del derecho a la seguridad social en salud y la medicina prepagada, temas relevantes en la actualidad debido a los cambios pretendidos en el sistema de salud colombiano. Finalmente, el tercer eje sobre responsabilidad médica está representado por los últimos dos capítulos donde se configura un enfoque sobre la construcción jurídica de la Corte Constitucional colombiana, respecto a la carga y dinámica de la prueba en la responsabilidad médica y un tema, también de interés actual, como lo es la disforia de género.

El objetivo principal de este trabajo es poder valorar los retos y perspectivas del Derecho Médico desde las diferentes órbitas planteadas por los autores que permitan reflejar nuevas visiones y reafirmar conceptos sobre la ética y la bioética, el derecho a la seguridad social en salud en Colombia y la responsabilidad médica, a través del desarrollo de un análisis cualitativo de datos, que comprende también el desarrollo del método hermenéutico a través de la exploración bibliográfica, especialmente, de artículos de investigación, normativa y jurisprudencia.

Así, en la totalidad de los capítulos observamos como método teórico aplicable a la investigación jurídica el de “análisis-síntesis”, que “es aquel que posibilita descomponer el objeto que se estudia en sus elementos para luego recomponerlo a partir de la integración de éstos, y destacar el sistema de relaciones existente entre las partes y el todo” (Villabella, 2015, p. 937)³. Sin embargo, huelga decir que este no es

3 Villabella, C.M. (2015). Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones. En Cáceres, E. (Coord), *Pasos hacia una revolución en la enseñanza del derecho en el sistema romano-germánico* (págs. 921-953). Universidad Nacional Autónoma de México. Pág. 937.

un método teórico exclusivo ni excluyente, por lo que los autores en sus respectivos capítulos detallan la particular metodología que han aplicado para enfocar y poder culminar exitosamente su trabajo.

La ética y la bioética, son aspectos esenciales no solo para el derecho médico, sino para el desarrollo de la mayoría de aspectos de la vida y el desarrollo de las profesiones; en términos aplicados al derecho médico, Hardy-Pérez & Rovelo-Lima, reconocen que la ética “comprende un proceso de valoración y provee las razones para evaluar el por qué algo es bueno o malo” (2015, p. 80) y en términos prácticos explican que no es solo hacer lo que se cree ético, sino que se deben generar todos los esfuerzos para que el desenlace sea el que más beneficie a los actores a través de la aplicación de unos principios.

Por su parte, en términos prácticos asociados al acto desarrollado por el médico, refieren que el paciente confía en que el médico hará todo lo pertinente para resolver su problema de salud y por eso “el paciente merece un comportamiento cuidadoso, ético y científico, de cada profesional que participa en su estudio y atención” (Hardy-Pérez & Rovelo-Lima, 2015, p. 80)⁴.

A su vez, la bioética se apoya en diferentes disciplinas: biología, humanidades, economía, filosofía y política, e indica Fajardo (1991)⁵ que se unen para producir el bien social en el presente y en el futuro de las generaciones, representando así la bioética un diálogo entre la ética y la vida (Hardy-Pérez & Rovelo-Lima, 2014). El mismo Fajardo (1991) trae a colación una cita de Galeno, en la que indica que “el mejor médico es también filósofo” (p.55) y continúa afirmando que “esta expresión conlleva una tradición que ha caracterizado –muchas veces- la relación entre médicos y pacientes, no simplemente de tipo técnico-profesional, sino una relación humana en la que se considera la complejidad y los valores intrínsecos del hombre” (Fajardo, 1991, p.

4 Hardy-Pérez & Rovelo-Lima. (2015). Moral, ética y bioética. Un punto de vista práctico. *Medicina e Investigación*, 3 (1). Pág. 80. <https://n9.cl/497eq>.

5 Fajardo Ortiz, G. (1991). El legado, el saldo y los modelos de la ética de la atención médica. *Revista médica, Instituto mexicano del seguro social*. Vol. 29 núm. 1, págs. 55-59. <https://n9.cl/p0jq5>

56)⁶. En este trabajo, vemos como todo esto entra en juego: la parte filosófica y teórica y aquellos dilemas a los que se enfrenta el campo del derecho médico, como son la vida, la eutanasia o el cambio de género; temas, todos ellos, en los que es fundamental la relación humana.

La ética y la bioética se deben desarrollar indudablemente en los sistemas de salud para que la sanidad funcione. El sistema de salud colombiano está conformado por la prestación de un servicio público, mediado por empresas públicas o privadas, entre las que se encuentran las denominadas Empresas Prestadoras de Salud (EPS) que gestionan el dinero públicos asignados por el Estado y prestan los servicios a través de la contratación de hospitales públicos y privados; los seguros privados son adicionales a la prestación otorgada por el Estado, es decir, que estos dos sistemas conviven y no son excluyentes entre sí, es lo que podemos reconocer como medicina prepagada.

El eje central de este sistema es el Sistema General de la Seguridad Social en Salud (SGSSS), que cuenta con dos regímenes: el contributivo y el subsidiado. A nivel normativo el sistema de salud en Colombia está regulado por la Ley 100 de 1993.

El sistema se funda en unos principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación. A su vez, el art. 3 de la Ley 100 de 1993 destaca que el Estado debe garantizar a todos los habitantes de su territorio el derecho irrenunciable a la seguridad social, tal y como lo explica uno de los autores de este trabajo, Jorge Luis Restrepo Pimienta. La atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado, quien debe garantizar la prestación de los servicios y el cumplimiento de los principios para su buen funcionamiento. Por ende, encontramos aquí también elementos asociados a la ética, y, podemos afirmar que, en general, lo que espera una sociedad sobre la atención de salud es que esta sea eficaz, siendo este justamente uno de los argumentos de los autores Restrepo Pimienta y Uribe Vargas.

Y qué decir sobre la responsabilidad médica, que se configura como uno de los elementos configuradores del Derecho Médico más relevantes, conducente a disponer un marco de seguridad jurídica para

6 *Ibidem.*

los intervinientes en el sistema de salud y, en especial, para los pacientes. Esto es porque, lógicamente, las actividades desarrolladas en el sector sanitario llevan aparejadas cierto riesgo y pueden causar potenciales daños que deben ser reparados conforme a los principios *alterum non laedere* y *restitutio in integrum*.

En este orden de cosas, dentro de la responsabilidad médica, a parte de la distinción entre las obligaciones de medios y de resultados, cobra importancia referirse al *onus probandi* y a la figura de la carga dinámica de la prueba que emerge de la doctrina jurisprudencial y se recoge en el propio artículo 167 del Código General del Proceso vigente; lo cual no hemos podido pasar por alto y se abordará en detalle en el penúltimo capítulo de esta obra.

En definitiva, esta es una obra que llega en un punto de madurez de la disciplina y que es fruto de la estrecha colaboración entre docentes universitarios de distinta formación y especialización, teniendo en común, todos ellos, el hecho de tener un elevado perfil y prestigio —tanto profesional, como académico— que se plasma en el devenir de los siete capítulos que encontraremos a continuación.

Como antedicho, la temática del libro se divide en tres grandes materias de suma importancia para el campo del Derecho Médico. En la primera, se encontrarán tres investigaciones sobre la ética y la bioética, en los que también se discute el derecho a la vida y a la muerte digna; en la segunda, subsisten dos textos asociados a la salud pública y privada y, en la tercera, discurren dos trabajos sobre la responsabilidad médica, uno asociado a la interpretación jurídica y otro sobre la disforia de género. Dicho trabajo merece ser descrito, destacando a cada uno de sus autores.

Como no podía ser de otra manera, inaugura esta obra un deslumbrante capítulo titulado “Donde termina la ética, allí comienza la bioética”, escrito por una voz autorizada en la materia y máximo exponente de las ciencias de la complejidad, el Dr. Carlos Eduardo Maldonado. A lo largo de su investigación se pone de manifiesto el error de centrarnos en concepciones antropocéntricas, que la ética se

revela como un asunto importante, empero extremadamente limitado; limitaciones que encuentran respuesta a partir de la bioética y el acertado giro hacia una visión biocéntrica o ecocéntrica como comprensión manifiestamente ecológica o ecosistémica.

Tras ese primer encuentro con la ética y la bioética, en la misma línea, los profesores José López Oliva, Andrea Alarcón Peña y Diana María Rey comparten su texto titulado “La teoría de la vida como daño indemnizable”, abriendo el debate sobre la posibilidad de considerar la vida como un daño, enlazado con la negligencia médica generada por falsos negativos que, en casos de nacimientos, pueden generar graves afectaciones tanto a los padres como al recién nacido, vulnerando así derechos fundamentales.

Por su parte, Mónica Minow Cardona aborda un tema recurrente pero no menos atractivo como el dilema contemporáneo sobre la subrogación del derecho a morir dignamente, delimitando este acto moralmente controvertido desde la perspectiva de la autonomía ética del médico frente a la práctica de la eutanasia en Colombia; un derecho que, recordemos, no tiene una ley que como tal lo ampare, siendo de creación jurisprudencial.

En otro orden de cosas, el profesor Jorge Luis Restrepo Pimienta aporta un texto sobre el sistema de salud, a propósito de uno de los principales retos del actual gobierno colombiano, que desde inicios del 2023 ha presentado una propuesta de reforma a la salud. Este trabajo deja ver la permeabilidad a la que se enfrentan los sistemas de salud por cuenta de las tendencias políticas, los lineamientos internacionales y la necesidad de fortalecer un Sistema General de Seguridad Social en Salud que garantice la prestación del servicio y el derecho a la salud.

Siguiendo con el sistema de salud, el profesor Hernando Uribe Vargas presenta su investigación sobre “El contrato de medicina prepagada”, un contrato atípico en Colombia en el que las partes definen la contratación de acuerdo con sus necesidades, reconociendo una problemática, el abuso en el que pueden incurrir las entidades prestadoras del servicio y, por ello, describe los lineamientos que deben seguir estos

contratos de acuerdo con la normativa y jurisprudencia colombiana. Asimismo, también destaca algunas experiencias como la chilena, la ecuatoriana y la argentina.

En el tercer bloque sobre responsabilidad médica, Diego León Gómez y Jaime Alberto Palomino exponen magistralmente cómo y por qué opera la carga dinámica de la prueba en la responsabilidad médica, como construcción jurídica de la Corte Suprema de Justicia colombiana, a tenor de la teoría del derecho y la interpretación jurídica. Concretamente, en este capítulo elucidan los argumentos presentados y la técnica argumentativa empleada por parte de la Corte Suprema de Justicia en su Sentencia de Casación N 12947 de 2016, teniendo como punto de análisis la teoría argumentativa del autor italiano Riccardo Guastini y su argumento apagógico.

En última instancia, el egresado Julián Cohen y su tutora, la profesora Juliana Sinisterra, comparten su investigación sobre “la responsabilidad jurídica del cirujano en el manejo quirúrgico de la disforia de género”. Para el desarrollo de su investigación se concentran en distinguir aquellas obligaciones de medio y las de resultado, y desarrollan un estudio sobre la responsabilidad civil basado en el desarrollo teórico sobre este tema del profesor Javier Tamayo. La disforia de género es uno de los desafíos actuales del derecho médico y, en este capítulo, se analizan las sentencias emitidas por la Corte Constitucional entre los años 2012 y 2020 sobre el tema, que permitirá determinar la responsabilidad médica sobre los perjuicios que se puedan derivar de la realización de este tipo de intervenciones quirúrgicas.

Jennifer Stella Marín Ordoñez⁷
Gerard Rincón Andreu⁸
Editores

7 Abogada y profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali. <https://orcid.org/0000-0002-3675-3085>

8 Abogado y profesor colaborador de la Universitat Oberta de Catalunya. <https://orcid.org/0000-0001-8201-1683>

Donde Termina la Ética, allí Comienza la Bioética

There, Where Ethics Ends, Starts Bioethics

Carlos Eduardo Maldonado

Profesor Titular de la Facultad de Medicina Universidad El Bosque

Profesor de la Maestría en Derecho Médico Universidad Santiago de Cali

Correo: maldonadocarlos@unbosque.edu.co

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9262-8879>

Resumen

Este texto argumenta que la ética constituye una preocupación distintivamente humana; por el contrario, la bioética comporta una preocupación por la vida, y no solamente por la existencia humana. Pues bien, la bioética comienza exactamente dónde termina la ética. Tres ejes de reflexión definen a la tesis enunciada, así: una consideración sobre el origen y la naturaleza de la ética, un breve examen acerca del nacimiento y las características de la bioética, y la inflexión que comporta saber de vida y de naturaleza. Asistimos, hoy por hoy, de una concepción –y relación– eminentemente antropocéntrica, antropomórfica y antropológica del mundo y la realidad a una conexión y visión ecocéntrica o biocéntrica. Es en esta bifurcación como se comprenden numerosas preocupaciones recientes en ámbitos como el derecho, la sociología, la política y la historia.

Palabras clave: Vida, Naturaleza, Antropocentrismo, Sociedad y Derecho.

Cita este capítulo / Cite this chapter

Maldonado, C. E. (2024). Donde Termina la Ética, allí comienza la Bioética. En: Marín Ordoñez, J. y Rincón Andreu, G. (ed. científicos). *Retos y Perspectivas del Derecho Médico*. (pp. 19-44). Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali.

Abstract

This chapter claims that ethics, as important as it is, consists in caring only about human beings; quite on the contrary, bioethics entails an understanding and caring about life in general, not just about human existence. Straightforwardly said, bioethics starts there where ethics finds its own limits. Thereafter, three axes of reflection help define the argument just mentioned, namely: a consideration about the origin and nature of ethics, a (brief) examination about the birth and characteristics of bioethics, and the inflection constitutive of the shift toward life and nature. Currently, we are witnessing the transition from a conception (and relation) eminently anthropological, anthropomorphic, and anthropocentric of the world and reality to a connection and view much more ecocentric or biocentric. It is such a turn, it is argued here, what allow understanding some of the recent preoccupations in fields such as legal studies, sociology, politics and history, most notably.

Keywords: Life, Nature, Anthropocentrism, Society and Law

Introducción

La Grecia antigua, y en particular, Aristóteles, inventó la ética. La historia es apasionante, todo comienza a partir de las preocupaciones de base del filósofo estagirita, que pivotaron siempre, en primer lugar, alrededor de la biología y la física y, en segundo lugar, subsidiariamente, en torno al esfuerzo por comprender la *physis*, y el *bios*. Como resultado, la obra más importante del filósofo griego es, sin la menor duda, los *Analíticos primeros* y los *Analíticos segundos* o, como a veces aparece traducido, los *Analíticos anteriores* y los *Analíticos posteriores*. Esto es, los tratados sobre lógica (Aristóteles, 1995b).

Este texto se propone defender una tesis, enunciada ya en el título: la bioética constituye la ampliación y profundización de la ética. En otras palabras, los asuntos, temas y problemas de la ética, importantes como son, son altamente limitados y, al cabo, insuficientes. Para

ello, el texto se articula en cuatro momentos, cada uno dedicado a cada uno de los argumentos que sostienen la tesis mencionada. En primer lugar, se elabora el origen y el sentido de la ética, para lo cual la historia de la ética resulta subsidiaria y no arroja ninguna luz. El segundo argumento muestra cómo los límites de la ética inauguran exactamente las posibilidades de la bioética. Una dúplice puerta aparece entonces, la bioética global y las relaciones entre bioética y la complejidad. El tercer momento señala qué y por qué la tesis enunciada comporta un giro de una comprensión exclusivamente antropológica a una concepción biocéntrica del mundo, de la naturaleza y del universo.

Metodología

Este capítulo es el resultado de un proyecto de investigación sobre salud y complejidad. El problema de base es el de las relaciones entre ética y bioética. Fundamentado en una exploración conceptual y semántica, a partir de la Grecia antigua se señala de manera precisa cómo y por qué la ética es distintivamente un asunto humano mediante la elaboración de un estado del arte relacionado con un giro biocéntrico, desarrollando cómo la bioética produce una inflexión en la comprensión de los seres humanos. El marco que emerge es el del *bios*; no ya el *anthropos*. Se elabora un paralelo histórico y civilizatorio en el que aparece claramente que allí donde termina la ética comienza la bioética. Es aquí, dónde algunas teorías y marcos aparecen necesariamente, se lo presenta, evalúa y discute. El resultado es la emergencia de un nuevo concepto que bien puede condensarse en una ecuación.

Origen y sentido de la ética

Aristóteles, sin reduccionismos, fue ante todo un estudioso de la naturaleza; como corresponde a su época y su lugar cultural de nacimiento y formación. Aristóteles puede ser visto como el último de

los paganos y el primero que, a pesar de sí mismo, sienta las bases filosóficas para el monoteísmo. Por razones de espacio debo dejar esta observación de lado.

Como estudioso de la naturaleza, basta con echar una mirada a su Física (Aristóteles, 1995a) o los estudios sobre biología, [*párvula animalia*] (Aristóteles, 1992). La obra principal del filósofo estagirita, contra lo que usualmente se ha enseñado y creído, está dedicada a la lógica; esto es, dicho de manera precisa y directa, al estudio del logos de la *physis* —que, entre los griegos, comporta de alguna manera también a los animales—. Pues bien, el logos de la *physis* se caracteriza exactamente por ello: por su carácter argumentativo, por un cierto aire experimental, por la observación y por la explicación del mundo entero a partir de determinados *principios*.

El tema de la articulación del logos de la *physis* es tan importante, que Aristóteles le destina dos volúmenes a la explicación y comprensión del mismo. El mundo es lógico, y la lógica se corresponde exactamente con lo que son las cosas; en general o en particular, para lo cual, en otro texto aparte, Aristóteles distingue el *to on hei on*, y el *toti en einai*, correspondientemente (Aristóteles, 2012). Esta idea no es originaria, se trata, sencillamente, de la continuación del inicio del fundamento de toda la racionalidad que se encuentra expresada ya en el tercer verso del poema de Parménides: *to gar autó noein estin te kai einai*: ser y pensar son una sola y misma cosa.

Sin embargo, Aristóteles descubre un problema al que explícitamente nadie había atendido hasta ese momento. Se trata del esfuerzo de conocimiento, comprensión o explicación de un tipo de ser que no se comporta absolutamente como los cuerpos físicos y los animales, y cuya naturaleza es perfectamente singular. El nombre en griego para esta clase de entidad es: *anthropos*. Así las cosas, dicho de manera puntual, ¿cuál es el logos del *anthropos*? Es exactamente esta pregunta la que inaugura a la ética. Más exactamente, el logos del *anthropos* no se dice logos, en sentido estricto; se dice: *ethos*.

Ahora bien, los griegos disponían de dos términos para designar al *ethos*, estos son: $\eta\theta\omicron\sigma$ y $\epsilon\theta\omicron\sigma$. En griego ambos términos se pronun-

cian exactamente igual, son los contextos los que permiten distinguirlos. El primero hace referencia al comportamiento individual, en tanto que el segundo se refiere al comportamiento social o colectivo. Los romanos que no sabían griego y todo lo tomaron de la Grecia antigua, tradujeron estos términos, correspondientemente como *more*, *mores*, y *ethica*.

La historia de la filosofía habrá de comprender a la ética como el estudio de la filosofía moral, que comporta una variedad de planos, tales como las costumbres, los estilos y formas de vida, los comportamientos que se corresponden con las ideas y los principios y los que no, y varios más.

En alemán, particularmente gracias a Hegel, la distinción mencionada se traduce como *Moralität* y *Sittlichkeit*. Como quiera que sea, dicho *grosso modo*, la moral conduce a, o se deriva hacia la religión, en tanto que la ética encuentra vados comunicantes directos con la política. Digamos, por lo demás que el ἔθος designa al oikos, en sentido estricto o amplio; esto es, al hogar, la vivienda o el lar, de un lado, tanto como, de otra parte, al medioambiente y al planeta como un todo.

Pues bien, es tal la importancia del problema que Aristóteles, el padre de la ética escribe tres textos diferentes para intentar explicar en qué consiste el logos del *anthropos* que no es *physis*. Se trata de la *Ética a Nicómaco* (Aristóteles, 2014), la *Gran Moral [Magna Moralia]* (Aristóteles, 2011) y la *Ética a Eudemo* (Aristóteles, 2003). La que es más conocida, porque ciertamente es la más importante por su contenido, es la *ética a Nicómaco*, un libro escrito por Aristóteles expresamente a su hijo.

Los otros dos textos son reiteraciones, en cierto modo síntesis, o algún comentario adicional o retirado del libro escrito para Nicómaco. Como se aprecia, es tal la importancia y el problema que le genera al filósofo griego explicar la especificidad humana, que escribe tres textos que son, en realidad, la variación sobre un mismo tema. El logos del *anthropos* se dice *éthos*, y el primero y más importante de los problemas es el de la felicidad (*eudaimonía*). La ética tiene en Aristóteles

una finalidad clara: o bien hacer felices a los seres humanos, o bien mostrar que la felicidad es el sentido mismo de la existencia humana. Una afirmación para nada menor.

Pues bien, la base de las preocupaciones de Aristóteles por el ser humano, dicho en general, se funda enteramente sobre el gran supuesto de toda la Grecia clásica y que habrá de marcar, más allá del período helénico, al resto de la humanidad occidental. Se trata de la idea, defendida por el sofista Protágoras, según la cual el hombre es la medida de todas las cosas: *pantón khremáton métron éstin ánthropos*. Vale siempre recordar que los sofistas representan la mejor expresión de lo que en la tradición posterior se conocerá como el humanismo (Llanos, 1969). Los sofistas instauran el humanismo, para el resto de la historia, hasta nuestros días. Lo demás, como se dice habitualmente, es historia.

Existe una historia de la ética; esto es, una historia de las ideas éticas y de la filosofía moral (Bourke, 2020; Star, Crips, 2019; Camps, 2008; Irwin, 2007). Se trata manifiestamente de una historia de las preocupaciones distintivamente antropológicas acerca de la existencia humana. El *input* y el *output* son el mismo: el ser humano; en su unidad, en su diversidad, en su historia, en sus contextos, o según ideas, valores y principios. La ética, dicho sin más, es una preocupación marcada por una visión antropocéntrica y antropomórfica. Muy recientemente, emergen otras éticas, notablemente la ética relacionada, en sentido amplio, con los animales.

Como es suficientemente sabido, algunos de los problemas centrales de la ética tienen que ver con establecer lo que es el bien o lo que es bueno, y lo que no lo es; se trata de establecer criterios –y en ocasiones normas, escritas o no escritas–, para saber cómo se debe vivir, individualmente, y cómo es o debe ser el convivio.

Asimismo, ya en la historia de la ética, se trata de establecer qué es y cómo es posible la libertad, cómo suceden y cómo pueden modificarse las relaciones con los otros –mujeres, extranjeros, otras etnias y demás–. Incluso, en ocasiones, se trata de dirimir las relaciones de cada quien con la divinidad (alguna divinidad), y qué implica ello. La

historia de la ética puede ser prolífica en temas y motivos, en preocupaciones y en ejes, pero su esencia es bastante elemental; se trata dicho en pocas palabras, de entender qué es la vida humana y cómo se hace posible con otros o, en ocasiones, a pesar de los otros.

Hay, con todo un hecho, no existe un denominador mínimo común en la historia de la ética, mucho menos un acuerdo, un consenso y jamás una unanimidad acerca de lo que es e implica. Casi espontáneamente cada quien se siente naturalmente inclinado a pronunciarse en asunto de moral y/o de ética, y puede decirse, *in extremis*, que existen tantas comprensiones de la ética como filósofos, sin que la ética se agote en la filosofía.

De manera sorprendente, han existido y existen profesores de ética, como si ésta se pudiera enseñar, y aún existen currículos de ética, y hay incluso estudiantes que pierden la materia de ética. Un total *ex abrupto*, por donde se lo mire. La ética ni se debe ni se puede enseñar. Pero este es un asunto que desborda los marcos y los intereses de este texto. La ética es, simple y llanamente, ejemplar. Aprendemos, como los animales y las plantas, con el ejemplo.

Como quiera que sea, la ética, aun cuando en ocasiones se vista de conceptos y categorías, de argumentos y elaboraciones abstractas y sofisticadas, no es otra cosa que un conjunto de reglas y consejos de vida. *In extremis*, la ética es literatura de autoayuda.

El gran problema de la ética estriba en una doble dificultad, hasta ahora insuperable. De un lado, se trata de la falacia naturalista, estudiada y críticamente evaluada por parte de G. E. Moore (2001), consiste en confundir el “ser” con el “deber ser”. Las discusiones al respecto se encuentran lejos de estar zanjadas. De otra parte, al mismo tiempo, el problema estriba en que hablar de ética, en cualquier acepción, en cualquier contexto o con la intención que se quiera, no garantiza, en absoluto, el cuidado de la vida en general.

La ética es el propio *Uroboros*: el ser humano que se preocupa de sí mismo y sólo sabe de sí mismo, punto. Ni siquiera, cuando, por ponerlo de manera extrema y puntual, se habla de “dignidad” o de “ca-

lidad” de la vida humana, con la escuela, la filosofía, el credo o el sistema de creencias que se quiera. Pues bien, es justamente a partir de esta dúplice dificultad que se entiende el tránsito hacia la sección siguiente.

Los Límites de la Ética, Apertura a la Bioética

A través de diferentes caminos, a mediados del siglo XX tiene lugar un descubrimiento fantástico que supera ampliamente todos los fundamentos de la civilización occidental. Se trata del descubrimiento de la vida; de la vida en general, y no solamente ni principalmente la vida humana.

Prácticamente contemporáneos dos de estos caminos, conspicuos, son, primero, el texto fundacional de E. Schödinger (2015) en el que, por primera vez en la historia se formula un programa de investigación absolutamente novedoso. Y luego también, los trabajos de A. Leopold (2020) de corte distintivamente ambiental, en una perspectiva claramente no antropológica; cabe destacar el texto principal de Leopold (2020), escrito originariamente en 1949.

La idea que inmediatamente salta a la mirada es el de una ética de la tierra (*land*; no: *earth*). S. L. Flader (1994) lo ha expresado de manera precisa en un texto importante: se trata de pensar como una montaña. Una idea manifiestamente extraña para toda la tradición antropológica y antropocéntrica que muy fácilmente podría ser acusada de animista; un adjetivo descalificador para Occidente, donde los haya.

Uno de los fundadores de la mecánica cuántica, Schrödinger formula un programa de investigación nunca antes existente en la historia, ni de la filosofía, ni de la ciencia: entender en qué consiste la vida. Pues bien, los sistemas vivos existen porque niegan la física, niegan las fuerzas y los poderes, niegan las inercias, en fin, niegan las leyes constitutivas de la física clásica, de la física moderna. El concepto en el que se condensan estas características es el de neguentropía. Los sistemas vivos son neguentrónicos; literalmente, niegan la entropía.

Los sistemas vivos son físicos, pero no se reducen en absoluto a la física.

De otra parte, Leopold (2020) es uno de los fundadores de la ecología *avant la lettre*. La ecología nace en su formulación gracias a E. Haeckel, a finales del siglo XIX. Sin embargo, por razones que deben quedar aquí de lado por razones de espacio, la ecología no nace ni es posible hasta mucho tiempo después, prácticamente cien años más tarde, hacia la década de 1970; particularmente gracias a las contribuciones de P. Odum. La razón por la que cabe destacar aquí al pensamiento y la obra de Leopold (2020) tiene que ver con el hecho de que se encuentra en la raíz de la bioética. Para decirlo de manera directa, aunque aún precipitada, la bioética nace allí donde termina la ética.

De acuerdo con el relato normal de los bioeticistas, la bioética nace, gracias a V. R. Potter⁹, en el Hastings Center, en Nueva York, en 1970, específicamente en el medio de los intensivistas. Así, la bioética es una ética aplicada centrada particularmente en torno a la medicina, y cuyos ejes de base son los que habitualmente se han conocido como los dilemas del comienzo y del final de la vida.

La bioética pertenece, así, a la medicina en particular y a las ciencias de la salud en general, y nace como una bioética principialista. Dicho de manera sucinta, todo consiste en el estudio de casos y a su reflexión a partir de los principios de la bioética, lo cual se ha nutrido, con el pasar de los años con distintas declaraciones, pactos, acuerdos y otros documentos semejantes que pivotan alrededor de la bioética. Esta es, sin ambages, la bioética normal, análogamente a la ciencia normal, en la expresión de Th. Kuhn (1962) La bioética concluye, posteriormente, en los comités de ética clínica y los comités de bioética de diverso nivel, punto. Esta bioética es distintivamente normativa.

9 Es necesario aclarar que éste es el relato oficial y normalizado de la bioética, sin embargo, el verdadero padre de la bioética fue Fritz Jahr quien en 1927 introdujo el concepto. Este año fue, sin duda, históricamente difícil, lo que añade contexto y profundidad a su contribución. La bibliografía al respecto evidencia que Jahr fue pionero en este campo, sentando las bases para el desarrollo posterior de la bioética. Se puede corroborar este argumento en la bibliografía al respecto. Por ejemplo cfr. (Garzón, 2009).

En contraste con estos orígenes, interpretaciones y puestas en marcha de la bioética, el propio Potter publica en 1988 *Global Bioethics*. La luz sugestiva del libro y del nuevo y radicalmente diferente enfoque de la bioética aparece ya desde el subtítulo del libro: *Building on the Leopold Legacy*, construyendo sobre las bases del legado de Leopold. Pues bien, es por esta razón que antes arriba se hace referencia a Leopold (2020). La obra de A. Leopold (1993), se encuentra en las bases de la bioética global.

Una observación puntual se impone. Leopold fue, más que un ecologista, un ambientalista y silvicultor estadounidense, uno de los padres del conservacionismo. Como se sabe, los dos grandes ejes en ecología son el preservacionismo y el conservacionismo. Vale referir al libro de Leopold, *Round River* (Leopold, 1993), que es la compilación de sus diarios en los que expone sus experiencias, observaciones y reflexiones, editados por su hijo, L. B. Leopold, un destacado geomorfólogo e hidrólogo. Pues bien, la bioética global sería imposible sin los antecedentes de Leopold.

Contra la bioética normal y normalizada, la bioética es, hoy por hoy, bioética global (Teays, Renteln, 2020; Monlezun, 2020; Have, 2016a; Have, 2016b; Have, Gordijn, 2014; Green et al., 2009), para no mencionar a la revista: *Global Bioethics*. Para una mirada crítica por parte de uno de los exponentes más importantes de la bioética clínica o normal, véase (Engelhardt, 2006).

Bioética global no es sino la expresión técnica que quiere significar en realidad algo así como una ecología ética, o bien, una bioética ecológica. Como se entiende sin dificultad, la bioética global es bioética que no solamente sabe del ser humano –bioética clínica, o bioética principialista o ética aplicada a las ciencias de la salud–, sino, además y principalmente, sabe del tejido de la vida, en sentido amplio e incluyente; que sabe, por ejemplo, acerca de problemas como vida artificial e inteligencia artificial.

Esto es, la vida tal-y-como-la-conocemos, tanto de la vida-tal-y-como-podría-ser-posible. Así las cosas, la ética que inaugura Aristóteles y que se proyecta a través de los tiempos a través de y gracias Kant,

Rawls, Habermas, Jonas, y tantos otros, se ve ampliamente superada. Este es exactamente el énfasis de este trabajo, quiero decirlo de manera fuerte y directa. En este sentido, la bioética es ética del bios. “Bios” funge como núcleo y “ética” opera sencillamente como sufijo. Esta es la tesis de este trabajo. Algunos antecedentes de esta tesis se encuentran en (Maldonado, 2022; 2019; 2015).

Ahora bien, la apertura desde la ética a la bioética es en realidad una inflexión, un quiebre. En la sección tercera se justifica esta afirmación. Por lo pronto, es evidente que, por así decirlo, la ventana de observación se amplía magníficamente. A fin de complementar y justificar mejor la tesis de este trabajo se hace necesario una observación adicional, que tiene que ver justamente con las relaciones entre la bioética y las ciencias de la complejidad. El tema que aparece es el de la comprensión del ecosistema en el que se inserta o emerge la bioética como una ética de la vida.

Mientras que la ética forma parte de la filosofía, la bioética se inscribe en las ciencias de la complejidad. En efecto, el estudio de la ética es distintivamente el estudio de la filosofía moral y las fuentes de referencia y trabajo son, manifiestamente, filósofos. En contraste, en el estudio de la bioética en el sentido señalado comporta, además de determinados autores destacados, el conocimiento y exploración de campos de conocimiento; esto es, ciencias y disciplinas, y muy recientemente, también, saberes (Maldonado y Garzón, 2022).

Las ciencias de la complejidad aparecen en el escenario a partir de una doble particularidad. De un lado, se trata del reconocimiento expreso de que los fenómenos o sistemas de mayor complejidad jamás conocidos son los sistemas vivos, y al mismo tiempo, se trata del hecho de que las ciencias de la complejidad son ciencias de la vida (Maldonado, 2021).

Manifiestamente, la vida en general posee una complejidad inmensamente mayor que la de los seres humanos. Las ciencias de la complejidad estudian sistemas, fenómenos y comportamientos de *complejidad creciente*. Significativamente, las ciencias de la complejidad están marcadas por una evidente atmósfera inter, multi y transdisciplinar.

De este modo, la bioética se inscribe en un cruce de semánticas, de lógicas, de cuerpos epistemológicos distintos y plurales. En marcado contraste con la ética.

La bioética global desborda ampliamente a la bioética médica o clínica, o bien, lo que es equivalente, ésta queda inscrita, como un capítulo, dentro del marco ampliamente más grande y profundo que es la bioética global. El giro por parte de Potter hacia la bioética global, gracias a su lectura y las influencias de A. Leopold, hacen que la bioética bien entendida sea simple y llanamente bioética global. Muchos de los clásicos de la bioética no lograron ver plenamente el giro llevado a cabo por Potter (Beauchamp y Childress, 2012).

Recapitulemos. La bioética comporta, por más de un camino, un tránsito de una preocupación eminentemente antropocéntrica a una visión más amplia, incluyente y, literalmente, más compleja. El núcleo es el bios, un descubrimiento perfectamente novedoso en la historia de Occidente, que tiene lugar, primero en 1944 gracias a Schrödinger, y luego, con las experiencias y observaciones por parte de A. Leopold. El surgimiento de la ecología en los años 1970s permitirá reforzar la importancia de la inscripción de la experiencia humana en el marco más amplio y profundo de la naturaleza.

La importancia en este contexto de Leopold tiene que ver, como queda ya suficientemente en evidencia, por su influencia sobre Potter, lo que le permite a este último situar de manera precisa a la vida en el centro de cualquier preocupación ética, en el sentido al mismo tiempo más amplio e incluyente de la palabra. La bioética global es una ética del bios, y la ética misma ya no es lo más importante, el centro, como para la tradición que inaugura Aristóteles, sino la vida. Pero ello comporta un conocimiento amplio y sólido de lo que es la vida y lo que son los sistemas vivos. Por razones de espacio, una explicación de lo que sean los sistemas vivos debe quedar aquí en suspenso. Baste aquí con comprender la idea.

La idea principal de esta segunda sección consiste en el hecho de que, análogamente a como la ética implica un muy serio y difícil programa de investigación en toda la línea de la palabra consistente en en-

tender y explicar qué son los seres humanos, asimismo, la bioética comporta el llamado a estudiar, comprender, cuidar y exaltar la vida; no solamente la vida humana, sino la vida en general sobre el planeta; no solamente la vida conocida, sino también la vida por conocer, y precisamente por ello, por decir lo menos, debe poder abrirse a las derivaciones e implicaciones del libro de Schrödinger (Murphy y O'Neill, 1999), sino también a las ciencias de la complejidad (Nicolis y Prigogine, 1994).

Visto desde una perspectiva más amplia, epocal, por ejemplo, o incluso de corte civilizatorio, asistimos a una magnífica inflexión desde una visión eminentemente antropológica, antropomórfica y antropocéntrica, hacia una visión y relacionamiento eco o biocéntrico. Es sobre este aspecto que nos giramos inmediatamente a continuación.

Una Comprensión Nueva del Mundo y la Naturaleza

Occidente es –en realidad fue¹⁰– una civilización distintivamente centrada en el ser humano como ápice o bien de la creación, o bien de la evolución, como se prefiera; aquí, para el caso, es indiferente. Occidente jamás supo de la vida y, concomitante y necesariamente, tampoco supo nada de la naturaleza o del medioambiente. La ecuación constitutiva definitoria de Occidente es la siguiente:

$$H = 1/N$$

y que significa que el ser humano es entendido, y explicado, como superior, y ajeno a la naturaleza, y la naturaleza es concebida como recurso; esto es, como medio o instrumento para la satisfacción de los intereses, los fines y las necesidades humanas. Esta historia no es difícil.

¹⁰ Asistimos a una crisis sistémica y sistemática de la civilización occidental. Los diagnósticos al respecto son numerosos. Mejor aún, la crisis de Occidente apunta a la muerte de esta civilización. Significativamente, otra civilización está emergiendo. Dejó de lado aquí una ampliación de esta observación marginal, pues es el objeto de otro texto aparte.

En algún momento a mediados del siglo XX, no sin varios antecedentes en diversos otros campos, se produce una magnífica inflexión en la historia de la familia humana. Se trata del desplazamiento gradual de la centralidad del ser humano en favor del descubrimiento, perfectamente anodino si se lo mira con los ojos del pasado, de la vida.

Es fundamental atender al hecho de que el descubrimiento de la vida no es la obra de la religión o la teología, de las ciencias sociales y humanas, y ni siquiera de la biología. Quien descubre a la vida como un problema y por tanto como un programa de investigación científica es la física cuántica.

Si ello es así, la exigencia epistémica que inmediatamente salta a la vista es la necesidad imperiosa de conocer, por lo menos, los fundamentos de la mecánica cuántica. Una exigencia absolutamente sorprendente para quienes forman parte de la larga y muy sedimentada tradición antropológica, pues no se vería inmediatamente qué tienen que ver los seres humanos con la mecánica cuántica. Es responsabilidad, moral y epistemológica de cada cual afrontar y resolver el problema.

Sin embargo, en contraste, debe ser evidente que el descubrimiento, la tematización y la comprensión de lo que son los sistemas vivos comporta una estructura mental significativamente más amplia. Este reconocimiento debe ser suficientemente claro a fin de comprender bien que donde termina la ética, allí mismo comienza la bioética.

Digámoslo entonces de manera abierta y directa: la bioética implica una ética del cuidado de la vida, de la afirmación, la exaltación, la gratificación y el posibilitamiento de la vida en general, algo que, como se aprecia inmediatamente sin dificultad, prácticamente nada tiene que ver con toda la historia de la ética.

En su forma más básica, una ética del cuidado de la vida implica el problema, de entrada, de la discusión entre conservacionismo y preservacionismo (Odum, 1993; Botkin, 1993; Deléage, 1993; Margaleff, 2022); esto es, el problema sobre si la mejor manera de cuidar a la naturaleza consiste en dejarla actuar por sí misma, o si se deben em-

prender determinadas acciones de cuidado e intervención de suerte que se renueven los ciclos naturales, los procesos y dinámicas entre especies y demás.

El tema no es baladí, para nada, y se torna inmensamente más complicado cuando se trata de atender, por ejemplo, a las relaciones entre los desarrollos de la vida artificial la inteligencia artificial y la robótica relativamente a la naturaleza y las propias estrictas y dinámicas de la sociedad. El tema que emerge inmediatamente es de las relaciones entre la bioética y, en general, los sistemas informacionales y computacionales.

No son pocos los investigadores que son reacios y suspicaces a los desarrollos mencionados, y los medios de comunicación contribuyen en general ampliamente a generar temores de toda índole. La tecnología en general, ¿constituye una amenaza para la vida, o bien es una forma más de evolución de los sistemas vivos? Antes que resolver el problema aquí, se trata de abrir y entender bien las aristas y dimensiones en las que lo humano como tal no puede ya sustraerse de otros desarrollos, ejes, conceptos, problemas e investigaciones en curso.

Mientras que la bioética médica parece adoptar una posición conservadora y reactiva a los desarrollos de la tecnología¹¹, la bioética global y las ciencias de la complejidad. Es fundamental en este contexto atender al reconocimiento de que existen tres clases de sistemas sociales: los sistemas sociales humanos, los sistemas sociales naturales y los sistemas sociales artificiales. El algún punto en el cruce entre los tres tipos de sistemas sociales se dirime la comprensión y la existencia misma de la vida en general; incluida, desde luego, la vida humana.

11 Emerge aquí, inmediatamente, un doble eje articular de la bioética en general. De un lado, se trata del bioderecho y, de otra parte, se trata de la biopolítica. El primero se caracteriza por una actitud eminentemente reactiva frente a la tecnología y sus posibilidades de investigación, para lo cual recurre a todo el cuerpo normativo y legal que pueda, creándolo o modificándolo; la biopolítica, por su parte adopta una bifurcación en la que un carril, por así decirlo, es crítico de los mecanismos de control sobre el cuerpo y la sociedad, mientras que el otro carril se ocupa más de la exaltación y gratificación de la vida por caminos del discurso y la acción políticos. Debo dejar de lado aquí una ampliación de esta observación.

Nuestra época y hacia adelante, puede caracterizarse como la emergencia de una comprensión ecocéntrica o, mejor aún, biocéntrica, mucho antes y mucho mejor que antropocéntrica. En el siglo XIX, específicamente en 1830, Ch. Lyell sienta las bases para la geología, cuyo mérito consiste en ampliar o fundar escalas temporales nunca antes imaginadas en la historia de Occidente. Los tiempos geológicos comienzan a contar a partir del millón de años.

En 1964, gracias a los trabajos pioneros de V. Rubin, emerge la cosmología científica cuyo núcleo es la teoría inflacionaria del big-bang, y que pone de manifiesto que la edad del universo es de 13.800 millones de años, con una margen de error de doscientos mil años. Este es el modelo estándar de la cosmología, a cuyo alrededor pivotan la astrofísica, la astroquímica y la astronomía. El universo se mide, notablemente, en años luz, unidades astronómicas (UA) y en parsecs. Pues bien, es alrededor de estas escalas y mediciones que se entiende la evolución y los avatares de la vida.

Al mismo tiempo, en 1964, L. Margulis publica un artículo seminal en el que pone en evidencia que el origen y la evolución de la vida no se fundan en la lucha y la competencia, sino en la cooperación. La endosimbiosis o simbiogénesis explican desde el tránsito de las células procariotas a las células eucariotas hasta la forma como se entienden, hoy por hoy, a los seres humanos. Los seres humanos son holobiontes (Margulis, Sagan, 2003).

Exactamente en este contexto ha quedado en claro que los sistemas vivos no son una sustancia, una entidad, una hipóstasis de cualquier cosa; simple y llanamente, los sistemas vivos son lo que hacen, y lo que hacen los sistemas puede explicarse, en términos básicos, como un doble proceso. De un lado, reducen y mantienen baja la entropía del universo; y, de otra parte, al mismo tiempo, contraintuitivamente, generan las condiciones para su propio surgimiento y para su sostenibilidad.

Dicho en el lenguaje clásico: nada es causa de la vida; los sistemas vivos son *causa sui*. Una idea perfectamente extraña para una tradición

acostumbrada a pensar las cosas en términos de causalidad. En el lenguaje técnico de la complejidad, esto se explica mediante la autopoiesis, o la autoorganización. Los sistemas vivos se crean a sí mismos, y generan las condiciones para su aparición y su sostenibilidad. No hay causas que entonces produzcan efectos, como se hizo creer desde la Grecia clásica. Como se aprecia sin dificultad, los temas y preocupaciones que pivotan en torno a la vida deben poder aprender o profundizar en los conceptos y la semántica de las ciencias de la complejidad.

Quisiera decirlo de manera expresa: el descubrimiento de la vida, de la naturaleza y del universo –en términos científicos- corresponde, grosso modo, a un sólo y mismo momento. La naturaleza es lapidariamente redescubierta a raíz de la identificación de una serie de problemas, precisamente, de complejidad creciente. De manera abierta, abrupta y como cascada, el descubrimiento de la naturaleza aparece como la *naturaleza como problema*.

Los primeros informes al Club de Roma inauguran una serie de estudios que ponen en evidencia varias cosas: de un lado, la insostenibilidad del sistema de libre mercado; de otra parte, el hecho de que el planeta presenta una serie de problemas que hacen evidente que deben ser bien gestionados, puesto que no existe un planeta B; al mismo tiempo, en tercer lugar, y de manera muy significativa, se trata del hecho expreso de que los seres humanos se olvidaron de vivir, o nunca aprendieron a vivir, como consecuencia de lo cual emergen serios problemas de contaminación y polución.

De manera puntual, se trata de cuatro fases, así: el calentamiento global –identificado a mediados de la década de 1970–, el cambio climático, diagnosticado en la década de 1980, la crisis climática que aparece actualmente, y el paso siguiente que sería la catástrofe climática.

Pues bien, quizás el diagnóstico más agudo sobre la naturaleza como problema sea la identificación de los límites planetarios, por parte del Instituto Stockholm (SEI). El problema de base que emerge a partir de lo que precede es el de la sostenibilidad de la vida –de la vida en general, y no sola y no principalmente de la vida humana–; de con-

suno, el problema consiste, en otra traducción, en la posibilidad de un mundo sin los seres humanos, una historia sin los seres humanos (Weisman, 2007). Al cabo, el reto verdaderamente de fondo se explica cómo el desarrollo de la sexta extinción en masa por culpa de razones eminentemente antropogénicas. El muy malo, científicamente hablando, concepto acuñado para explicar este fenómeno es el del antropoceno (sic).

Digámoslo, en otros términos. Los seres humanos, que se creyeron siempre el culmen de la evolución y/o de la creación no son necesarios para la existencia de la biosfera. La vida no comienza con los seres humanos, y ciertamente no termina con ellos. Ni siquiera son ellos el vórtice de la trama de la vida. Afirmar que el hombre es la medida de todas las cosas, de las que son tanto como de las que no son (Protágoras) se revela, al fin y al cabo, como un craso error. Esa es una muy mala ética, y una pésima epistemología. Bastaría con recordar que los cefalópodos dominaron los océanos durante quinientos millones de años; y que los saurios dominaron la tierra durante doscientos cincuenta millones de años, hasta que cayó el meteorito en lo que hoy es la península de Yucatán. La historia de los homínidos difícilmente se remonta a doscientos mil años.

En otras palabras, pensar como la naturaleza, pensar a la naturaleza, en sentido amplio, significa reconocer expresamente que en la naturaleza no existen ni jerarquías ni centralidades. Expresiones tales como “el astro rey”, “la reina de las abejas”, “el rey león” y otras próximas y semejantes son simple y sencillamente extrapolaciones de la forma como se ve el mundo a partir de prejuicios y preconceptos eminentemente antropocéntricos.

Manifiestamente que el reconocimiento de que ni existen ni son necesarias las jerarquías y las centralidades resulta una idea incómoda para toda una tradición centrada en sistemas normativos, de poder, de control y otros más. Es, por decir lo menos, exactamente en este sentido, y por estas razones que asistimos actualmente a un magnífico cambio de paradigma. Más exacta y también más radicalmente, asistimos a un cambio civilizatorio.

Dicho sin más ni más, la ética se revela como un asunto importante y, sin embargo, extremadamente limitado. Frente a sus limitaciones existen otras opciones, mucho mejores. El título grueso para el conjunto de estas opciones es el de bioética. Una ética del bios. Ya no más una ética del *anthropos* –o del *gynecos*–. La bioética global es la puerta que conduce a esta otra dimensión. Sin embargo, cabe decir que no es la única.

Concluamos esta sección con esta observación puntual. Existen otras puertas que conducen a una ética de la vida, a un cuidado de la vida. Se trata, por ejemplo, de la ecología política (véase, por ejemplo, Leff, 2019); asimismo, cabe señalar a la economía ecológica (cfr., entre otros, Martínez Alier, Roca Jusmet, 2000). Ahora bien, originariamente, ambas distintas entre sí, la ecología política y la economía ecológica se originan o se derivan de la bioeconomía en el sentido preciso de Georgescu-Roegen (1977) o de Passet (1997). El concepto mismo de “ética” sufre significativas metamorfosis.

Conclusiones

Después del humanismo griego, el humanismo renacentista inaugura una nueva tradición que se va a prolongar hasta nuestros días. Principalmente, corresponde a Pico della Mirandola (2000) haber dado en el blanco de una nueva justificación sin igual sobre el ser humano: la dignidad. Los seres humanos se destacan sobre el resto de los seres vivos porque poseen dignidad, y es la dignidad lo que hace excelsos a los humanos. Mejor aún, la dignidad solo puede predicarse de los seres humanos.

La justificación sobre el carácter único de los seres humanos se sitúa en la tradición en la que éstos son perfectamente distintos, ajenos y superiores a todo el conjunto de la naturaleza. La síntesis entre Jerusalén, Atenas y Roma, que tiene lugar aproximadamente durante dos siglos (Momigliano, 2014) tiene como resultado sentar la tesis de la naturaleza humana como singular y superior.

Pues este panorama cambia radicalmente a partir del giro que se produce de una tradición distintivamente antropocéntrica a una visión biocéntrica del mundo y del universo. Sorprendentemente, la dignidad ya no es única o principalmente humana. Es igualmente digno de vida cualquier otro fenómeno o sistema vivo.

Ahora bien, bien entendido el tema, no consiste en afirmar que una vaca es tan digna como un ser humano, o un tomate o una ballena –lo cual podría afirmarse sin dificultad–. Mucho mejor, el tema de fondo estriba en el reconocimiento explícito de que la vida es un fantástico entramado en el que, por así decirlo, todo depende de todo, y no existe ninguna especie superior y más excelsa que las demás. La visión biocéntrica o ecocéntrica es una comprensión eminentemente relacional, no particular. En este sentido, no se trata de invertir la relación:

$$Dh = 1/N$$

que dice que la dignidad sitúa a los seres humanos por encima de la naturaleza, por la relación, igualmente equivocada:

$$dE = 1/H$$

que afirmaría que la dignidad de una especie cualquiera es superior a la de cualquier ser humano. Nada nuevo se estaría afirmando; simplemente sería la inversión de una sola y misma tesis.

Muy por el contrario, la visión biocéntrica o ecocéntrica –para el caso es indiferente la distinción–, es una comprensión manifiestamente ecológica, ecosistémica, si se prefiere. No en vano, la ecología en general subraya el carácter de *sistemas* ecológicos, no precisamente para subrayar una visión sistémica, sino relacional, horizontal e interdependiente. La naturaleza es una fantástica y muy compleja red de relaciones (Capra y Luis, 2016).

Literalmente, sin adjetivar, sin cargas lingüísticas, sin editorializar incluso, allí donde termina la ética, allí mismo comienza la bioética –entendida como una reflexión, una relación, una actitud y una visión que reconoce que la vida es el más complejo, fantástico y apasionante

de todos los fenómenos, desde cualquier punto de vista conocido-. Significativamente, existen a la fecha más de cien definiciones de la vida, y ninguna es correcta (Bedau y Cleland, 2010).

Comprender el fenómeno de la vida significa exactamente reconocer que no existen jerarquías ni centralidades. Una idea ciertamente escandalosa para toda la tradición occidental.

Occidente fue una civilización enteramente centrada en el ser humano. De todas las civilizaciones que ha habido en la historia de la humanidad –los harappan, los olmecas, los toltecas, los chinos, los egipcios, los incas, los muiscas, los escandinavos, por ejemplo–, Occidente se distingue por su centralidad y jerarquía antropológica. Ninguna otra civilización afirma o afirmó nada semejante; o, por decir lo menos, con tal énfasis.

El antropocentrismo condujo, al final del día, al reconocimiento de los límites planetarios, la insostenibilidad de la vida como se la conocía, en fin, reconocer que como se había vivido era equivocado, punto. Una conclusión fuerte, donde las haya. Al cabo, se hizo evidente que preocuparse por el ser humano, dicho en general, es importante; pero es insuficiente.

Una nueva ética, inexistente e inimaginable en toda la historia de Occidente –inimaginable dicho puntualmente, en toda la historia de la filosofía moral, en toda la historia de la ética–, pone en evidencia que, si se trata de salvación, esto es, de supervivencia o de sostenibilidad, el ser humano no podrá lograrlo a expensas de otras especies, de otros sistemas y de otros fenómenos. La vida permea a la totalidad del universo conocido, y acaso a la totalidad del universo por conocer. Al fin y al cabo, la vida no es una sustancia, un contenido material (*stuff*), un “algo”, sino un comportamiento, un proceso, una dinámica. Una nueva epistemología emerge a la par con una nueva ética; ambas son, al cabo, una sola y misma cosa.

En otros términos, las diferencias entre la vida y la no-vida son sencillamente diferencias cualitativas, de organización o de grados, no de naturaleza. El alfabeto de la totalidad del universo conocido ya ha

sido identificado. Se compone de ciento dieciocho letras. Se trata de la Tabla de Elementos Químicos. El universo entero es la combinatoria de estas ciento dieciocho letras. Allí hay más litio que germanio, allá hay más molibdeno que francio, en el otro lado hay más nihonio que potasio, y así sucesivamente. Asistimos, sin la menor duda, al más apasionante de todos los momentos de, por lo menos, los últimos cinco mil o siete mil años. Un motivo de optimismo.

Bibliografía

- Aristóteles (2014). *Ética a Nicómaco*. Traductor J. Pallí Bonet. Madrid: Gredos.
- Aristóteles, (1966). *Obras selectas*. La política, Moral a Nicómaco, La gran moral, Moral a Eudemo. Buenos Aires: Editorial El Ateneo.
- Aristóteles, (1992). *Investigación sobre los animales*. Traducción de J. Pallí Bonet. Madrid: Gredos.
- Aristóteles, (1995a). *Física*. Traducción de G. de Echandía. Madrid: Gredos.
- Aristóteles, (1995b). *Tratados de lógica. (Organon)*. Vol. 1 y 2. Traductor M. Cndel Sanmartín. Madrid: Gredos.
- Aristóteles, (2003). *Ética Nicomáquea. Ética Eudemia*. Traductor J. Pallí Bonet. Madrid: Gredos.
- Aristóteles, (2011). *Poética: Magna Moralia*. Traductor T. Martínez Manzano. Madrid: Gredos.
- Aristóteles, (2012). *Metafísica*. Traducción de V. García Yebra. Madrid: Gredos.
- Beauchamp, T. L., Childress, J. F., (2012). *Principles of Biomedical Ethics*. 7th edition. Oxford: Oxford University Press.
- Bedau, M. and Cleland, C. E., (Eds.), (2010). *The Nature of Life. Classical and Contemporary Perspectives from Philosophy of Science*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Botkin, D. B., (1993). *Armonías discordantes. Una ecología para el siglo XXI*. Madrid: Acento Editorial.
- Bourke, V. J., (2020). *The History of Ethics*. Cluny Media.
- Camps, V., (2008). *Historia de la ética*. Barcelona: Crítica.
- Capra, F., Luisi, L., (2016). *The Systems View of Life: A Unifying Vision*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Deléage, J.-P., (1993). *Historia de la ecología. Una ciencia del hombre y la naturaleza*. Barcelona: Icaria.
- Encyclopedia.com (2019). *Historia de Ética*. Encyclopedia of Philosophy. <https://n9.cl/1oe2w>.
- Engelhardt, H. T., (2006). *Global Bioethics: The Collapse of Consensus*. M. & M., Scrivener Press.
- Flader, S. L., (1994). *Thinking like a Mountain: Aldo Leopold and the Evolution of an Ecological Attitude toward Deer, Wolves, and Forests*. University of Wisconsin Press.
- Garzón, F. A., (2009). “Fritz Jahr, ¿el padre de la bioética?”, en: *Revista latinoamericana de bioética*, vol. 9, Núm. 9, págs. 6-7; DOI: <https://n9.cl/fnzfmz>.
- Georgescu-Roegen, N., (1997). *La ley de la entropía y el proceso económico*. Madrid: Argenteria.
- Green, R. M., Donovan, A., Jauss, S. A., (2009). *Global Bioethics: Issues of Conscience, for the Twenty-First Century*. Oxford: Oxford University Press.
- Have, H., (2016a). *Global Bioethics: An Introduction*. London: Routledge.
- Have, H., (Ed.), (2016b). *Encyclopedia of Global Bioethics*. Springer Verlag.
- Have, H., Gordijn, B., (Eds.), (2014). *Handbook of Global Bioethics*. Springer Verlag.
- Irwin, T., (2007). *The Development of Ethics: A Historical and Critical Study*; vol. 1: From Socrates to the Reformation. Oxford: Oxford University Press.
- Kuhn, T., (1962). *The Structure of Scientific Revolutions*. University of Chicago Press.
- Leff, E., (2019). *Ecología política. De la deconstrucción del capital a la territorialización de la vida*. México, D. F.: Siglo XXI.

-
- Leopold, A., (1993). *Round River From the Journals of Aldo Leopold*. Editor, L. B. Leopold. Oxford: Oxford University Press.
- Leopold, A., (2020). *A Sand County Almanac: And Sketches Here and There*. Oxford: Oxford University Press.
- Llanos, A., (1969). *Los viejos sofistas y el humanismo*. Buenos Aires: Juárez Editor.
- Maldonado, C. E., (2015). “Complejidad de la bioética”, en: *Revista Thelos*, No. 10 (1), págs. 136-145; Disponible en: <https://n9.cl/Ofsar>.
- Maldonado, C. E., (2019). “Bioética y complejidad”, en: *Crítica.cl. Revista Latinoamericana de Ensayo*, año XXIV, agosto 10; ISSN 0719-2088; disponible en: <https://n9.cl/4rhjv>.
- Maldonado, C. E., (2021) *Las ciencias de la vida son ciencias de la complejidad*. Santiago de Chile: Ed. Trepén.
- Maldonado, C. E.; Garzón, F. A., (2022). «Bioethics and Complexity. An Appraisal of Their Relationships to Other Sciences». *Ramon Llull Journal of Applied Ethics*, [en línea], 2022, Vol. 1, Núm. 13, <https://n9.cl/1i4p6>
- Margaleff, R., (2002). *Teoría de los sistemas ecológicos*. Barcelona: Alfaomega-Universitat de Barcelona.
- Margulis, L., Sagan, D., (2003). *Captando genomas. Una teoría sobre el origen de las especies*. Barcelona: Kairós.
- Martínez Alier, J., Roca Jusmet, J., (2000). *Economía ecológica y política ambiental*. México, D. F.: F. C. E.
- Momigliano, A., (2014). *La sabiduría de los bárbaros*. México, D. F.: F. C. E.
- Monlezun, D. J., (2020). *The Global Bioethics of Artificial Intelligence and Human Rights*. Cambridge Scholars Publishing.
- Moore, G. E., (2001). *Ética*. Madrid: Encuentro.

- Murphy, M. P., O'Neill, L. A. J., (1999). *La biología del futuro. ¿Qué es la vida? Cincuenta años después*. Barcelona: Tusquets.
- New World Encyclopedia. *Historia de la ética*. Research Begins Here. <https://n9.cl/d2f43>.
- Nicolis, G., Prigogine, I., (1994). *La estructura de lo complejo*. Madrid: Alianza.
- Odum, E. P., (1993). *Ecology. A Bridge Between Science and Society*. Sunderland, MA.: Sinauer Associates, Inc.
- Ortiz Millán, G., (2016). “Sobre la distinción entre ética y moral”, en: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 45, págs. 113-139; disponible en: <https://n9.cl/wlnlt>.
- Passet, R., (1997). *Principios de bioeconomía*. Madrid: Argenteria.
- Pico della Mirandola, G., (2000). “Discurso sobre la dignidad del hombre”, en: Petrarca, Bruni, Valla, Pico della Mirandola, Alberti, *Manifiestos del humanismo*, págs. 97-134. Barcelona: Península.
- Potter, V. R., (1988). *Global Bioethics. Building on the Leopold Legacy*. Michigan: Michigan State University Press.
- Schrödinger, E., (2015). *¿Qué es la vida?* Barcelona: Tusquets.
- Star, D., Crips, R., (Eds.), (2019). *History of Ethics*. Wiley-Blackwell.
- Teays, W., Renteln, A. D., (Eds.), (2020). *Global Bioethics and Human Rights. Contemporary Perspectives*. 2nd Edition. Rowman & Littlefield.
- UNESCO. Solinis, G. (Editor), (2015). *Global bioethics: what for? Twentieth anniversary of UNESCO's Bioethics Programme*. Biblioteca Digital. <https://n9.cl/4rdds>.
- Weisman, A., (2007). *El mundo sin nosotros*. Madrid: Debate.

La Teoría de la Vida Como Daño Indemnizable.

Aproximaciones a Partir del Concepto de Persona y del Principialismo de la Bioética Médica y la Salud Pública¹²

The Theory of Life as Compensable Damage. Approaches Based on the Concept of the Person and the Principles of Medical Bioethics and Public Health.

José López Oliva

Profesor de carrera e investigador Universidad Militar Nueva Granada
Profesor de la Maestría en Derecho Médico Universidad Santiago de Cali
Correo: joselopezoliva@hotmail.com
Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9308-2153>

Andrea Alarcón Peña

Profesora de carrera e investigadora Universidad Militar Nueva Granada
Correo: andreaalarconp@gmail.com
Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4926-4288>

Diana María Rey Lema

Profesora Universidad El Bosque y Universidad Santiago de Cali
Correo: dianamaria59@gmail.com
Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9456-9887>

Cita este capítulo / Cite this chapter

López Oliva, J.; Alarcón Peña, A. y Rey Lema, D. M. (2024). La Teoría de la Vida Como Daño Indemnizable. Aproximaciones a Partir del Concepto de Persona y del Principialismo de la Bioética Médica y la Salud Pública. En: Marín Ordoñez, J. y Rincón Andreu, G. (ed. científicos). Retos y Perspectivas del Derecho Médico. (pp. 45-75). Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali.

12 Este capítulo de libro corresponde a un producto del proyecto de investigación INV-DER 3928 “La protección del nasciturus en el ordenamiento jurídico y la vida como un daño: acciones *wrongful birth*, *wrongful life* y *wrongful conception*: análisis de su recepción en la jurisprudencia y doctrina colombiana”, financiado por la Universidad Militar Nueva Granada.

Resumen

Son múltiples los debates que en relación con la posibilidad de considerar a la vida como un daño se han producido a nivel doctrinal y jurisprudencial en Colombia y en el mundo. A diario, cientos de niños nacen con malformaciones no identificadas en el periodo de gestación o no informadas a los padres, generando la necesidad de diseñar instrumentos sustanciales y procesales que permitan la eventual reparación del daño –considerando, como se advertía, que la vida puede ser un daño–. Este capítulo analizará las acciones de *wrongful birth* (acción de nacimiento inapropiado), *wrongful life* (acciones de vida inapropiada) y *wrongful conception* (acciones de concepción inapropiada), en perspectiva histórica y su desarrollo en la jurisprudencia nacional y extranjera. Con un claro enfoque deductivo y alcance exploratorio, el capítulo se divide en cuatro secciones en las que se desarrollan la persona y la personalidad jurídica (en relación con su régimen de protección), las acciones mencionadas y la forma en que estas han sido adoptadas en nuestro país. Finalmente, el artículo acoge la teoría de la vida como daño en casos puntuales en los que es precisa la reparación integral de aquellos que sufrieron un daño.

Palabras clave: *Wrongful life*, *wrongful conception*, *nasciturus*, *lex artis*, daño indemnizable, interrupción voluntaria del embarazo, indemnización integral, reparación.

Abstract

There are multiple debates that in relation to the possibility of considering life as damage have occurred at a doctrinal and jurisprudential level in Colombia and in the world. Every day, hundreds of children are born with malformations not identified in the gestation period or not reported to the parents, generating the need to design substantial and procedural instruments that allow the eventual repair of the damage -considering, as warned, that life can be a damage This chapter will analyze the actions of *wrongful birth*, *wrongful life* and *wrongful conception*, from a historical perspective

and their development in national and foreign jurisprudence. With a clear deductive approach and exploratory scope, the chapter is divided into four sections in which the person and legal personality (in relation to its protection regime) are developed, the actions mentioned and the way in which these have been adopted in our country. Finally, the article accepts the theory of life as damage in specific cases in which the integral reparation of those who suffered damage is necessary.

Keywords: Wrongful life, wrongful conception, nasciturus, lex artis, compensable damage, voluntary termination of pregnancy, comprehensive compensation, reparation.

Introducción

El presente capítulo de libro resultado de investigación, pretende identificar las tensiones ocasionadas con la aplicación de la teoría de la vida como daño indemnizable. Esta teoría genera la posibilidad de iniciar las denominadas acciones *wrongful birth* (acción de nacimiento inapropiado), *wrongful life* (acciones de vida inapropiada) y *wrongful conception* (acciones de concepción inapropiada). Acciones que pueden vulnerar los derechos de la víctima, pero también del causante del daño, derivado de la ausencia del deber de información a cargo del profesional de la salud.

Además, de la negligencia en alguna práctica o interpretación médica, de problemas en la implantación, de falsos negativos u otras conductas que se traducen en afectaciones a los derechos de los padres, o del niño nacido con malformaciones o patologías que generan lesiones en sus derechos fundamentales.

Para demostrar la hipótesis presentada, este escrito se desarrolla de la siguiente forma: en principio, (1) se identifica la naturaleza de la persona –como categoría jurídica– en el sistema normativo colombiano. En seguida (2), se precisan las diversas teorías que respecto al origen de la persona y la personalidad jurídica han generado tensio-

nes entre el derecho a la vida, su valor, los derechos de la gestante y los intereses del que está por nacer.

Posteriormente (3), se hace referencia a las acciones judiciales *wrongful birth* (nacimiento injusto), *wrongful birth* (acción de nacimiento inapropiado), *wrongful life* (acciones de vida inapropiada) y *wrongful conception* (acciones de concepción inapropiada), para luego (4), exponer los principales antecedentes judiciales, que han incidido en la adopción de estas teorías. El antecedente más importante en Colombia está ligado al pronunciamiento del Consejo de Estado en el año 2016. Finalmente, el artículo describe los requisitos que deben concurrir en estas acciones y, además, son presentadas algunas conclusiones preliminares.

Metodología

Este capítulo de libro es un resultado de investigación y corresponde a un producto de un proyecto de investigación. El enfoque de investigación en el cual se soportó fue el cualitativo, que es propio de las ciencias sociales y humanas. El método de investigación fue el hermenéutico crítico de Hans George Gadamer. El alcance al que se recurrió fue el exploratorio y las técnicas de búsqueda documental y conversación con expertos. Las herramientas de investigación fueron las bases de datos, tales como, Scopus, Latindex, Publlindex, entre otros.

La persona natural, el *nasciturus* y los problemas derivados de la adopción de la teoría de la vida como un daño indemnizable

En el marco de la evolución constante del derecho de la responsabilidad que se deriva de la prestación del servicio de salud, nuevas acciones judiciales han aparecido con la pretensión de obtener una reparación de los perjuicios que genera el daño.

En este documento, se analizarán tres de esas acciones: *wrongful birth* (acción de nacimiento inapropiado), *wrongful life* (acciones de vida inapropiada) y *wrongful conception* (acciones de concepción inapropiada), que abordan la posibilidad de calificar la vida como un daño, cuando un niño nace con malformaciones no identificadas o informadas.

En este sentido, el profesor López Oliva (2015) afirma lo siguiente:

El ejercicio de la prestación del servicio médico realizado por los profesionales de la salud, especializados en ginecología, obstetricia, pediatría, neonatología y genética, se puede causar un evento adverso al usuario del servicio médico. Daño que puede prevenirse cuando el prestador en salud realiza el ejercicio de ponderación de principios consagrados por la bioética médica, y que pueden ser utilizados con éxito para contribuir a la solución de las tensiones presentadas, cuando es aplicada la teoría que considera a la vida como un daño generador de perjuicios (pág. 45).

Sin embargo, antes de abordar este tópico, es indispensable estudiar el concepto de persona, establecido por el ordenamiento jurídico nacional.

La noción de persona ha tenido un tratamiento normativo, que precisa atención en las perspectivas de los derechos constitucional y civil. Jurídicamente, es posible señalar que una persona es todo ser capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. La legislación colombiana en el Artículo 73 del Código Civil [CCC] (1887), contempla la existencia de dos tipos de personas: las naturales y las jurídicas¹³, y existe un vasto catálogo de derechos para cada una de estas (Ardila Arrieta, Briceño Martínez y Ugarte Lizarazo, 2019). Sin embargo, el presente artículo sólo se ocupará de las personas naturales, por los importantes debates generados, en lo atinente a su naturaleza jurídica y régimen de protección.

13 Hans Kelsen (1979) expone al respecto que “la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son ‘reales’ las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa” (p.p. 127 y 128).

En este sentido, el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos es enfático cuando advierte que toda persona tiene la garantía de ser reconocida como sujeto de derechos y obligaciones. En clara consonancia con esta disposición, el Artículo 14 de la Constitución colombiana señala que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. Esta garantía adquiere un carácter fundamental y, por consiguiente, supone la posibilidad efectiva y real de poder gozar de los derechos, incorporados en la citada Convención (Suárez López & Fuentes Contreras, 2015).

Existe una evidente relación entre la personalidad jurídica, los derechos fundamentales y los siguientes atributos de la personalidad: el estado civil, la capacidad, el nombre, el patrimonio, el domicilio y la nacionalidad (Medina Pabón, 2021). Los citados atributos, en suma, son indispensables para el ejercicio de otras tantas garantías constitucionales y convencionales (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-109 de 1995).

Por consiguiente, el Estado asume un relevante deber en lo atinente a su protección. Por supuesto, el reconocimiento y protección de estos derechos y atributos, se encuentran ligados con la noción de persona y, a su vez, con el tratamiento jurídico que los sistemas de amparo de los derechos ameritan (Galvis Plazas, 2019). Principalmente, por el advenimiento de teorías que consagran, que la vida puede ser considerada como un daño indemnizable.

Así las cosas, de conformidad con el Artículo 90 del Código Civil [CCC] (1887), la existencia legal de una persona comienza al nacer. Esta circunstancia permite advertir que, en Colombia, la existencia biológica no supone reconocimiento de personalidad jurídica (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2016).

La existencia biológica genera conflictos en su interpretación y, por consiguiente, se hace necesario acudir a diferentes corrientes, con el propósito de dirimir los conflictos pertinentes. Por ejemplo:

La corriente principalista de la bioética permite identificar y tratar de dirimir situaciones conflictivas, derivadas de la incorporación de los

avances técnicos y científicos en las pruebas genéticas predictivas. Sin embargo, los principios de la nombrada corriente son insuficientes para dar respuesta a los dilemas éticos, bioéticos, morales y jurídicos que se generan en la prestación de servicios de salud. Por esta razón, se propone incorporar a la citada corriente otros principios como son los de solidaridad, protección y responsabilidad (López-Oliva, 2015, pág. 45)

La vida, en consecuencia, empieza con la concepción¹⁴, pero la persona, la personalidad jurídica y la existencia legal comienza desde el nacimiento (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 1995). Al hablar de *non nato*, la categoría jurídica a emplear es la de *nasciturus*, individuo “meramente concebido, mientras permanece en el vientre materno” (Zapata Mira, 2012). En consecuencia, esta postura normativa no acoge la teoría de la implantación o de la concepción¹⁵.

Por su parte, el Artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos [CADH] en su numeral 1, señala que toda persona tiene derecho a la protección de su vida, es más, señala que este derecho se amparará a partir del momento de su concepción. Esta disposición generó serios cuestionamientos respecto del contenido del artículo 90 del Código Civil (1887). Ante esta aparente antinomia o tensión (porque la CADH hace parte del bloque de constitucionalidad), la Corte Constitucional señaló en sentencia C-239 de 1997, que se había reconocido a la vida una doble naturaleza jurídica: un valor constitucional y un derecho fundamental; como valor, se predica su protección respecto de aquellos que no han alcanzado la condición de

14 Al respecto es preciso hacer una distinción propia del lenguaje médico pero pertinente para la comprensión del tema desde el discurso jurídico. El cigoto, considerado primer momento de vida, surge después de la fecundación una vez se combinan el óvulo y el espermatozoide. Es una célula del tamaño del óvulo. La fecundación es la fusión de los gametos femeninos y masculinos en donde cada uno de ellos aporta el 50% del material genético. Desde el día 1 del desarrollo embrionario hasta la semana 8 de gestación, se predica la existencia de la etapa embrionaria en la que el embrión aumenta su tamaño y multiplica sus células. En la octava semana empieza la etapa fetal en la que hay un desarrollo celular mucho más específico. Esta etapa se prolonga hasta el nacimiento (usualmente en la semana 38 a 40) (Uzcátegui, 2013) Así, cigoto, embrión, feto y persona suponen momentos diversos en la existencia biológica y legal de un individuo.

15 La concepción supone que la vida humana empieza desde el preciso momento en que se produce la unión entre el espermatozoide y el óvulo que se produce a partir de la relación sexual (Morales Godo, 2005).

persona. A su vez, como derecho, su titularidad se radica en quienes ostenten esa situación.

A partir de esta comprensión, se reconoce la obligación que asiste a todos los órganos del poder público y autoridades estatales de proteger la vida como un valor. Esta protección, obliga al Estado a desconocer teorías que lesionen los derechos humanos de las personas.

La protección de los derechos del nasciturus no es absoluta y, además, se genera de forma progresiva. Mientras el nasciturus está en el vientre, es posible indicar que se está frente a una vida en potencia y, en consecuencia, su grado de amparo registra un nivel diferente que aquel que se reputa de la persona, quien es titular del derecho a la vida (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-013 de 1997).

Una argumentación diversa exigiría resguardo absoluto del valor de la vida, circunstancia que supondría una cosificación de la mujer. Esto, ante la imposibilidad de ponderar y armonizar la expectativa de vida del no nacido, con la diversidad de derechos que tiene la gestante (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-326 de 2006).

Esta postura ha sido sostenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, en sentencia del Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica cuando indica que “la protección del derecho a la vida, con arreglo a esta disposición, no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo” (Convención Americana de Derechos Humanos [CADH], 2012, p. 10).

En otro orden de cosas, la protección de la vida desde la concepción se predica como un valor y no como un derecho. Un valor, porque se enumera como una cláusula general o finalidad que, al igual que las reglas, se encuentra positivizado.

Lo anterior, a diferencia de los principios, que pueden tener consagración explícita o implícita, pues se extraen de las reglas. Es decir, los principios constituyen mandatos de optimización y pueden ser inferidos, generalmente, a partir de una interpretación armónica y sistemática (Freixes Sanjuán & Remotti Carbonell, 1992).

Los valores tienen que ser interpretados, pero su concreción se observa en principios y reglas, circunstancia por la cual tienen eficacia

indirecta y, por lo tanto, no son útiles por sí solos, para resolver situaciones jurídicas particulares (Estrada Vélez, 2011). Situaciones relacionadas, por ejemplo, cuando se considera la vida como un daño indemnizable.

Frente a los valores, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que estos se priorizan, en cuanto a su desarrollo y promoción, cuando la competencia le corresponde al legislador. Esto, con el propósito de que exista la observancia y satisfacción, por ejemplo, de los derechos del paciente.

Por esta razón, la protección del valor de la vida —prescrito expresamente en la Norma Superior— no tiene el mismo grado que el principio —derecho fundamental a la vida—. La garantía de la vida, como derecho en cabeza del nacido, se protege. Sin embargo, ante la imposibilidad de predicar su carácter absoluto —como cualquier derecho— se demanda del ejercicio de la ponderación.

La Interrupción Voluntaria del Embarazo como Fundamento de la Teoría de la Vida como Daño Indemnizable

La Corte Constitucional de Colombia en Sentencias C-355 de 2006 y, recientemente, a través del fallo en la Sentencia C-055 de 2022, reconoce el Derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE).

Una mención especial debe hacerse en relación con este último pronunciamiento, porque es considerada una de las decisiones más progresistas en el contexto mundial. En suma, se permite la IVE hasta la semana 24 —sin restricción alguna— más allá de que la voluntad de la gestante sea contraria a la decisión del alto tribunal.

A partir de la semana en cuestión, sólo será posible el ejercicio del derecho a la IVE en tres casos particulares: cuando continuar con el embarazo genere peligro para la vida o salud de la mujer (es preciso el concepto médico como se señaló en la Sentencia SU-096 de 2018, emitida por la Corte Constitucional de Colombia).

Además, cuando el feto tenga una grave malformación que haga inviable la vida extrauterina. Asimismo, en el evento de que el embarazo sea producto de acceso carnal violento, acto sexual abusivo, inseminación artificial no consentida, o transferencia de óvulo fecundado no voluntaria.

Al mismo tiempo, el incesto es instituido como otra de las causales para la despenalización parcial del delito de aborto. Los citados fallos, constituyen la base fundamental para la implementación en Colombia, de la teoría de la vida como daño indemnizable.

Las trascendentales decisiones judiciales que involucran los derechos de la madre gestante y del que está por nacer, se encuentran en armonía con lo dispuesto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el primer caso, la Observación General No. 22 de 2016, relacionada con el derecho a la salud sexual y reproductiva (Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), indica que esta garantía hace parte del derecho a la salud. Esto, a partir de una visión de salud tanto integral como multidimensional.

A partir de esta consideración, los Estados deben asumir la obligación de suprimir cualquier medida normativa y administrativa, que restrinja el aborto. Y, además, garantizar que este se practique en condiciones que no supongan riesgo, o afectación significativa a los derechos de la mujer. Los citados argumentos, son la base fundamental de una acción judicial *wrongful birth* (acción de nacimiento inapropiado).

Por su parte, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, de la Organización de Naciones Unidas (ONU) del año 1979, resalta una mención especial acerca de los derechos sexuales y reproductivos. Es decir, la norma está en concordancia con el amparo de los derechos humanos, protegidos por la Corte Constitucional de Colombia.

La Protección del Nasciturus en el Marco Normativo Colombiano

El cuidado de la vida como valor en el vientre materno, cuenta con medidas que el legislador ha señalado en una variedad de disposiciones normativas. El reconocimiento de la existencia legal, no es impedimento para que se satisfaga la disposición del Artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH] (1969), el cual exige una especial protección desde la concepción.

La mayoría de estas medidas parten de la necesaria protección de la gestante, al tener en cuenta que la existencia del *nasciturus*, depende de la vida y, en general, del auxilio de madre en estado de embarazo. Entre las medidas de protección se contemplan las siguientes:

- a) Asistencia y protección que el Estado y el Sistema colombiano de Seguridad Social en Salud, debe prestar a la mujer en estado de embarazo y, además, después del parto (Colombia. constitución política, Art. 43)
- b) La estabilidad laboral reforzada para la mujer embarazada y en licencia de maternidad (18 semanas de conformidad con el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo [C.S.T]). Esta teoría, impide la terminación del contrato de trabajo u otras modalidades de vinculación, salvo autorización previa del Inspector del trabajo. Lo anterior, así exista justa causa de despido (Corte Constitucional, Sentencia SU-075 de 2018)
- c) El Artículo 54 del Código General del Proceso permite la comparecencia del concebido al proceso, a través de quienes ejercen su representación, si él o ella hubiere nacido.
- d) El artículo 122 del Código Penal Colombiano contempla el delito de aborto. Sin embargo, la Sentencia C-355 de 2006 y Sentencia C-055 de 2022, condicionaron la aplicación de este tipo penal.
- e) El artículo 231 del Código Civil Colombiano, prescribe que cuando el padre muera con antelación al nacimiento del hijo, la madre

tendrá el derecho para que se le asigne lo necesario para su subsistencia y, además, para el proceso de parto. Estos recursos pueden obtenerse, con los bienes del causante.

- f) El artículo 92 del Código Civil Colombiano, indica que el juez podrá adoptar cualquier determinación orientada a garantizar la protección del *nasciturus*. Lo precedente, cuando se advierta, por solicitud de parte o de oficio, que su normal desarrollo se encuentra en riesgo.
- g) El Artículo 93 del Código Civil Colombiano señala que en aquellos casos en que existan derechos a diferir al *nasciturus*, estos permanecerán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe (y satisfaga las condiciones del Artículo 90 de la misma disposición normativa). Se trata, entonces, de una anticipación de la personalidad jurídica o, de la misma manera, de una personalidad jurídica condicionada (Calvo Meijide, 2004).
- h) El Artículo 17 de la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia Colombiano, establece el derecho a la calidad de vida que exige condiciones que aseguren, desde la concepción, el “cuidado, protección, alimentación nutritiva y equilibrada, acceso a los servicios de salud, educación, vestuario adecuado, recreación y vivienda segura dotada de servicios públicos esenciales en un ambiente sano”.
- i) Los Artículos 125 y 126 del Estatuto Penal, castiga las lesiones al feto (incluidas las culposas).
- j) El Artículo 2 de la Ley 75 de 1968 señala, a su vez, que el reconocimiento de un hijo puede hacerse, aunque este aún se encuentre en el vientre materno.

Todas estas medidas acreditan el cumplimiento de la obligación que el Estado reconoce, respecto del amparo de la vida como valor, aún desde la concepción. No se trata de una simple promesa trivial. Se hace referencia a la satisfacción de un compromiso con la niñez, aun antes de que se establezca su existencia legal.

Además, se busca la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, disposición consagrada en el Artículo 42 de la Constitución Política de Colombia (1991). Asimismo, se propende por la salvaguarda de las mujeres embarazadas, consideradas sujetos de especial protección legal y convencional.

Tensiones entre la Bioética, la Ciencia Médica y el Derecho

El tema objeto de esta investigación, produce tensiones en las tres ciencias indicadas en este apartado. La citada tensión se produce, en la medida en que se involucran una serie de dicotomías en las que la protección de la dignidad humana, el derecho a la vida e integridad personal, demandan de una especial protección.

Además, cuando el libre desarrollo de la personalidad, los derechos sexuales y reproductivos, la autodeterminación y la libertad del paciente, requieren de una atención inmediata por parte de los involucrados en el vínculo contractual o extracontractual.

Este tema involucra tensiones, máxime cuando se realiza un ejercicio de ponderación de principios propios de la bioética médica y la salud pública, que involucran a la madre gestante y al que está por nacer. Estos asuntos generan la presentación de acciones judiciales por responsabilidad, en las que los derechos de la madre gestante, del que está por nacer y los del nacido, experimentan lesiones.

En estas acciones, el operador judicial analiza la culpa médica cuando dirime el conflicto entre la madre del niño y el profesional de la medicina. Culpa, que genera un daño indemnizable. Cualquier decisión que adopte la gestante en relación con el *nasciturus* es de carácter autónomo, salvo a partir de la semana 24. Después del citado tiempo, se deberá acreditar alguna de las tres causales consagradas en la Sentencia C-355 de 2006, emitida por la Corte Constitucional de Colombia.

Así las cosas, como ha sido reconocido reiteradamente en jurisprudencia constitucional, la autonomía de la voluntad de la mujer es el

requisito esencial, que debe concurrir cuando se ejerce el derecho fundamental a la IVE. Esta disposición es el cimiento principal para iniciar las acciones *wrongful birth* (acción de nacimiento inapropiado), y *wrongful life* (acciones de vida inapropiada).

Antecedentes de la Protección de la Autonomía de la Mujer Gestante, y el Fundamento de la Teoría de la Vida como Daño Indemnizable

En la sentencia C-341 de 2017, la Corte Constitucional de Colombia exhorta al Congreso para que legisle en un tiempo prudencial, sobre el periodo en que puede ejercerse la IVE. Lo anterior, con el requerimiento, únicamente, de “la sola voluntad de la mujer”.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional reiteró, que una vez haya sido expedida la certificación médica, sólo se requiere la manifestación de la mujer quien, voluntariamente, decide continuar con el procedimiento de IVE (Corte Constitucional, Sentencia SU-096 de 2018).

Esta postura fue reiterada en sentencias T-171 y T-988 de 2007, T-209 y T-946 de 2008, T-009 y T-388 de 2009, T-585 de 2010, T-636, T-841 de 2011, T-398 de 2019, T-284 de 2020 y C-088 de 2020. En los anteriores fallos se reitera, la prevalencia de la autodeterminación reproductiva de las mujeres, para el ejercicio del citado derecho fundamental a la IVE.

Este punto, además, ha sido analizado por Pérez Boada (2020) quien puntualiza en la necesidad de estudiar la autonomía de la voluntad de la gestante, así como los vicios del consentimiento —en perspectiva del derecho civil—.

Además, de las afectaciones que la salud mental de la mujer que, posiblemente, puede experimentar al ejercer este derecho. Esta situación debe ser analizada desde una mirada holística para, en consecuencia, establecer la aplicación o no de la teoría de la vida como daño indemnizable.

Los Derechos de la Mujer Gestante a Partir de la Prestación de un Servicio Idóneo

Se ha establecido que las mujeres gestantes podrán acceder, sin ningún tipo de barreras u obstáculos, al servicio de la IVE. De la misma manera, deberán recibir atención integral y de amplia calidad, con acatamiento de su decisión. Es decir, una atención que respete su elección autónoma y libre, que no la estigmatice ni culpabilice. De lo contrario, el prestador del servicio médico puede incurrir en diferentes tipos de responsabilidad.

En este sentido, la responsabilidad jurídica en que pueden incurrir los prestadores del servicio médico son las siguientes: civil, penal, estatal o ético disciplinaria. Responsabilidad ocasionada por un supuesto de *wrongful birth* (acción de nacimiento inapropiado), *wrongful life* (acciones de vida inapropiada) y *wrongful conception* (acciones de concepción inapropiada).

Las acciones *wrongful conception*, están relacionadas con las demandas judiciales que son presentadas por los padres del niño nacido sin malformaciones que hagan inviable su vida. Las nombradas demandas involucran dilemas morales que, a partir de la bioética, pueden ser solucionados con la aplicación de cuatro principios básicos que orientan la bioética médica y la salud pública; estos principios son: la autonomía, la beneficencia, la no maleficencia, y la justicia, que permitirían identificar y dirimir los conflictos derivados de la aplicación de la teoría que consagra a la vida como un daño.

Para ello, las Entidades Promotoras de Salud (EPS) deberán contar y poner a disposición de las gestantes estos principios, para optar por la mejor decisión. Además, se debe cumplir con el protocolo del listado completo y claro de profesionales de la salud, que en las diferentes Instituciones Prestadores de Servicios de Salud (IPS) estén habilitados para la práctica del procedimiento de IVE (Corte Constitucional, Sentencia T-209 de 2008).

El Principio de no Maleficencia a Cargo de las EPS e IPS y las Tensiones Existentes entre la Decisión del Profesional de la Salud y la Paciente

De conformidad con el principio de no maleficencia, la Entidades Promotoras de Salud (EPS) e Instituciones Prestadores de Servicios de Salud (IPS) deberán prevenir a la materna de la obligación que les asiste, en este caso, de salvaguardar los derechos del que está por nacer.

Lo anterior, para que las citadas instituciones, cuenten con la información clara, veraz y suficiente, que les permita no establecer juicios morales, que lesionen los intereses de los involucrados en el proceso de gestación y parto. Estos juicios están relacionados con todos los procesos asociados a la vida del que está por nacer, o del nacido con malformaciones no informadas a la gestante.

Para el profesional de la salud, en el momento de la IVE, se generan conflictos entre los principios, por un lado, de autonomía de la voluntad de la gestante y, por otro lado, de la aplicación de la no maleficencia a cargo del médico. De conformidad con el mandato de respeto de la voluntad de la paciente, que desea interrumpir voluntariamente su embarazo, el médico pondera la decisión, acerca de salvaguardar o no la vida del *nasciturus*.

Esta protección se da a partir del reconocimiento de su existencia biológica, con independencia de las anomalías que harían inviable o no la vida extrauterina del nacido. A pesar de esta situación, la Corte señala que debe respetarse la autonomía de la gestante, pues es ella quien decide, acerca del ejercicio de su proyecto de vida. Es decir, resuelve libremente si desea o no y en qué condiciones, adquirir la condición de madre.

Las Acciones Judiciales *Wrongful Birth* (Acción de Nacimiento Inapropiado) y *Wrongful Life* (Acciones de Vida Inapropiada)

El profesional de la medicina puede omitir información sobre la existencia de la deformidad del *nasciturus*, o suministrar a la madre información que no se ajusta a la realidad objetiva de las condiciones del que está por nacer (Gaitán-Duarte, Rubio-Romero & Gómez-Chantraine, 2009). Esta situación, legítima a los padres y al menor para emprender las acciones *wrongful birth* (acción de nacimiento inapropiado), y *wrongful life* (acciones de vida inapropiada), las cuales buscan un ánimo indemnizatorio¹⁶.

No obstante:

se concluye que esta teoría genera tensiones porque al presentarse una inadecuada prestación del servicio médico a la madre gestante, podría generar una demanda judicial en contra del prestador en salud, hecho analizado desde el punto de vista bioético, moral y jurídico.

Sin embargo, se establece que la corriente principialista de la bioética es insuficiente para dirimir estos conflictos, razón por la cual se hace necesaria la aplicación adicional de los principios de solidaridad, responsabilidad y protección, con el propósito de aportar a la solución de las tensiones generadas por las acciones judiciales *wrongful* y *wrongful life* (López-Oliva, 2015, pág. 45).

¹⁶ Es posible reconocer una tercera acción, *wrongful conception of pregnancy*, que se refiere a las reclamaciones que pueden solicitarse en casos de anticoncepción fallida o no deseada. Esta acción se deriva del ejercicio del derecho negativo a procrear y podría darse cuando debido a negligencia o culpa en la intervención del profesional de la medicina en prevenir el embarazo, este se produce. Por ejemplo, en casos de falla en la IVE, esterilización fallida o fallo en dispositivos anticonceptivos (Fugardo Estivill, 2018). Al respecto ha señalado el Tribunal Constitucional español, con ocasión de una acción promovida por una madre que ante una incorrecta operación de ligadura de trompas con la que pretendía evitar una nueva concepción dio a luz a gemelas, que el nacimiento no puede considerarse como un daño pues, “la vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, cuyo ordenamiento jurídico la protege ante todo y, sobre todo. No puede admitirse que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores” (España. Sentencia del Tribunal Supremo 531 de 1998).

Estas acciones judiciales, son el resultado de la negligencia o mala praxis del médico, por el hecho de privar a la madre gestante, de su derecho a decidir. Según la citada teoría, el nacimiento de un niño o niña, ocasiona un daño que debe ser indemnizado. Así, el daño se concreta en la vida del menor que nace con alguna patología, alteración o deformidad.

La teoría de la vida como daño indemnizable indica que el nacimiento y la vida del nacido puede evitarse, cuando el médico comunica a la madre de manera efectiva y suficiente, lo relacionado con la condición del niño. Ante esta circunstancia, los padres y el menor se encuentran habilitados para reclamar el pago del daño, al profesional de la medicina.

En principio, es importante señalar que el caso *Zepeda vs. Zepeda* (1963), puede considerarse como el origen de acciones relacionadas con la posibilidad de considerar la vida como un daño, a través de las acciones *disadvantaged life* (vida privada de ventajas) o *dissatisfied life* (vida insatisfactoria).

En este caso, un hijo demanda a sus padres por el daño que consideraba había recibido producto de su nacimiento en un hogar ilegítimo. Tal circunstancia, lo privó de una infancia en condiciones normales. El padre había propuesto matrimonio a la madre, pero se retractó de la promesa cuando la mujer ya estaba embarazada. Esta situación habilitó a la víctima del evento adverso, en este contexto, para la aplicación de la teoría de la vida como daño indemnizable.

Sin embargo, en este caso, el juez no accedió a las pretensiones, al considerar el riesgo de que un fallo condenatorio, podría incrementar el número de acciones judiciales en contra de los padres. Empero, en ningún momento el fallo desestimó la posibilidad de que existiera un daño, que tuviera la posibilidad de ser reparado (Macía Morillo, 2009).

El legitimado por Activa en las Acciones *Wrongful Birth* (Acción de Nacimiento Inapropiado) y *Wrongful Life* (Acciones de Vida Inapropiada)

Por un lado, el legitimado por activa en las acciones *Wrongful birth*, son los padres del niño o niña nacido con anomalías. El legitimado por pasiva es el profesional de la salud, que no detectó de manera adecuada la condición del nasciturus o que, habiéndola identificado, no la comunicó a los padres de forma oportuna.

Se pretende, entonces, una indemnización que cubra la reparación de los daños morales y económicos, por el nacimiento de un hijo con anomalías congénitas o patológicas. Los perjuicios están representados en el daño emergente, el lucro cesante y los perjuicios extrapatrimoniales pertinentes.

Por otro lado, el legitimado por activa en las acciones *Wrongful life* es el niño o niña nacido con anomalías. Por otro lado, el legitimado por pasiva es el profesional de la salud, el promotor o prestador sanitario, que no identificó de manera pertinente la condición del que está por nacer. Además, los legitimados por pasiva tuvieron la oportunidad de identificar la malformación del feto, sin embargo, esta no fue comunicada de forma oportuna.

Por consiguiente, la acción *wrongful life* puede ser presentada por el niño o niña, a través de sus representantes legales en contra, por ejemplo, del personal médico que no informó, o lo hizo de forma errónea e imprecisa. En consecuencia, el error genera el nacimiento de un ser humano con malformaciones, que no fueron informadas o identificadas (Garibo Peyró, 2019).

Antecedentes de la Teoría de la Vida como Daño en Derecho Comparado

A continuación, se relatan casos emblemáticos de *wrongful birth* y *wrongful life* en diferentes países:

A) Estados Unidos

En los Estados Unidos se presenta el primer caso de acción judicial *wrongful birth* y *wrongful life*. Se trata del caso Gleitman vs. Cosgrove (1967) en el que los padres del niño Jeffrey Robert Gleitman demandaron a los médicos Robert Cosgrove Jr. y Jerome Dolan.

La demanda se fundamenta en la ausencia de no informar a la madre, de las consecuencias que la rubéola generaba en el feto que nació con graves problemas de salud. Aunque la Suprema Corte de New Jersey no concedió la indemnización solicitada (pues el daño se consideró en abstracto y, además, aquel no era cuantificable), el fallo dio origen al concepto *wrongful birth*.

B) España

En España, el Tribunal Supremo admitió la responsabilidad civil médica por *wrongful life* el 6 de junio del año 1997. Una mujer, madre de un menor con síndrome de Down, embarazada por segunda vez y temerosa de un nuevo hijo con esta condición, comunica su preocupación al personal médico. El citado personal, practica dos amniocentesis con resultados defectuosos.

Los médicos omiten entregar esta información a la madre y, en consecuencia, nace un segundo hijo con idéntica condición. El Tribunal manifestó al respecto, que el nacimiento de un niño “con taras” podría haberse evitado. Ante el hecho del nacimiento, el daño no es patrimonial, pero para proceder a su valoración, se deben tener en cuenta diferentes aspectos.

Por ejemplo, el impacto psíquico para la madre, de crear un ser discapacitado que nunca, previsiblemente, podrá valerse por sí mismo. Además, la persona en esa condición puede llegar a alcanzar edades medianas. Esto precisa, a su vez, una atención fija, permanente y, por lo común, remunerada por el obligado respectivo (STS 495/1997).

Además, el Tribunal español señala que el nacimiento que se produce en estas condiciones, constituye un perjuicio que podría haberse remediado. Esto, por desatender la voluntad de la madre de interrumpir

pir el embarazo, dentro del término previsto legalmente. Así las cosas, la negligencia del profesional de la medicina, al no comunicar a la madre el fracaso de las pruebas, se traduce en el daño que debe ser indemnizado.

C) Alemania

La recepción de la teoría de la *wrongful conception* en Alemania se produce en los últimos años de la década de los sesenta y, además, los primeros años de la década de los setenta. En los fallos adoptados en ese periodo, los nacidos sin ningún tipo de malformación, pero se planteaba la vida como un daño susceptible de reparación por el hecho de un nacimiento no deseado. Los casos de *wrongful birth* aparecen una década después en este país.

D) Gran Bretaña

En Gran Bretaña, los años setenta son testigos de las primeras acciones de *wrongful conception* y, algunas reducidas acciones judiciales, de *wrongful life*. Todo lo anterior, con ocasión de la Congenital Disabilities (Civil Liability) Act de 1976, esta ley tiene como objetivo proporcionar un marco legal para que los padres y los afectados puedan buscar compensación si pueden demostrar que la discapacidad del niño fue el resultado directo de una acción negligente o una omisión por parte de los profesionales de la salud. Esto incluye casos donde los padres podrían argumentar que, de haber sido informados adecuadamente sobre riesgos conocidos durante el embarazo, podrían haber tomado decisiones diferentes, como la interrupción del embarazo.

E) Francia

En Francia, la sentencia proferida en el caso Perruche en el año 2000, constituye un antecedente esencial, para comprender la entrada en vigencia de la Ley proferida en marzo de 2002.

Esta norma desestima cualquier posibilidad de que el hijo pueda ser indemnizado a través de la acción *wrongful life*. Como consecuencia, se traslada la compensación de las cargas procedentes de la anomalía del nacido con malformaciones, a un sistema de solidaridad nacional

que paga el monto de las indemnizaciones, a favor de las víctimas de un daño (Elizari Urtasun, 2010).

El fallo Perruche resuelve el caso de una mujer embarazada que, en su primer trimestre, acude al servicio médico para que le practiquen una prueba, que permita conocer si es reactiva para rubéola. La madre en estado de gestación le indica al médico tratante, que en caso de resultar reactiva o positiva la citada patología, desea interrumpir voluntariamente su embarazo. Lo anterior, en el ejercicio del derecho de autonomía y de elección. El laboratorio interpreta de forma inadecuada el resultado de la prueba y, por consiguiente, el doctor Ponnoussamy, no realiza análisis complementarios. El médico, comunica a la madre gestante que no está contagiada con rubéola.

Meses después nace un niño, con las consecuencias que esta enfermedad produce. Por esta razón, los padres del nacido con malformaciones demandan al laboratorio clínico que efectuó el diagnóstico, y al médico tratante. La Corte de Casación francesa, el 17 de noviembre de 2000 (después de 19 años de litigio) se pronuncia a favor de los padres y, además, se ordena el pago de la indemnización a favor del niño, por los perjuicios generados por su nacimiento en condiciones desfavorables (Rivera, 2013).

Las acciones Judiciales *Wrongful Conception* (acciones de Concepción Inapropiada) Frente a las *Wrongful Birth* (Acciones de Vida Inapropiada) y su Aplicación en Colombia

En las acciones *wrongful conception*, y como se ha indicado, los titulares son los padres de un menor que ha nacido sano, pero no ha sido deseado. Además, la acción puede dirigirse contra el profesional de la medicina y el proveedor de métodos anticonceptivos por su actuar negligente. Es decir, con culpa grave generadora de un daño (Macía Morillo, 2007).

Asimismo, los supuestos en los que procede esta acción son: la esterilización fallida o el embarazo que, por negligencia médica, no es detectado dentro del plazo establecido para interrumpirlo de forma legal. Además, por el uso de anticonceptivos, que no producen el resultado esperado, es decir, impedir la concepción. (Fernández Muñoz, 2021). Asimismo, las víctimas y legitimadas por activa en este tipo de procesos judiciales, pretenden el pago de la indemnización del perjuicio material y moral que se ha causado con ocasión del nacimiento, considerado un daño indemnizable.

Por su parte, en las acciones judiciales *wrongful birth* el titular es el padre o madre que ha nacido con una condición médica, que no le permite una vida digna. El médico, de manera errónea informa (conducta de acción) o no (conducta de omisión) a los padres, sobre el estado de salud y el desarrollo del feto. Es decir, la conducta del profesional sanitario priva a la madre, de la posibilidad de decidir si continúa o no con su gestación (Bastidas Goyes & Rueda Barrera, 2020).

Frente a este supuesto, estima Yágüez Ricardo (2005) que es viable enfrentar tres posibilidades:

- a) Equivocación en el diagnóstico por interpretación errónea de los resultados de las pruebas, (falso negativo) por el médico que otorga información incorrecta a los padres. Esta circunstancia les priva de la posibilidad de IVE.
- b) El médico interpreta correctamente los resultados, pero no comunica, o lo hace extemporáneamente a los padres, sin que exista posibilidad de IVE por estar fuera del plazo legal (en el caso colombiano posterior a las 24 semanas de gestación).
- c) El médico no aconseja a los padres sobre la conveniencia de practicar pruebas prenatales.
- d) El hijo es deseado, es decir, la concepción fue voluntaria.
- e) No existe o es desconocido el diagnóstico y cura, para la enfermedad del *nasciturus*.

En este sentido, la enfermedad podría haber sido detectada con las pruebas utilizadas por la técnica médica especializada y disponible. En consecuencia, los padres del menor podrían haber elegido la IVE, por estar consagrado este derecho, en el ordenamiento legal.

En Colombia, la recepción de esta teoría ha generado tensiones para su aplicación. Sin embargo, el Consejo de Estado en sentencia del 5 de diciembre de 2016, incorpora el concepto *wrongful conception*. Esto, al decidir la acción interpuesta por una madre contra la Empresa Social del Estado, que le proporcionaba mensualmente un anticonceptivo.

El anticonceptivo intramuscular mensual no fue eficaz y la mujer engendró a un quinto hijo, a pesar del uso del dispositivo formulado por el médico. En consecuencia, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo decide condenar al Estado al pago de la indemnización, por el daño moral padecido por la madre gestante.

En suma, en el fallo se establece que la mujer y madre del niño vio afectada su posibilidad de ejercer su libertad reproductiva. Lo anterior, por la ausencia del deber de información y el incumplimiento de los protocolos médicos pertinentes. Esta situación, argumenta la alta corporación, produce un padecimiento inmaterial que precisa ser compensado (Consejo de Estado, 2016).

Conclusiones

En la investigación bibliográfica realizada para la estructura de este escrito, se comprobó que el ordenamiento jurídico colombiano protege la vida del que está por nacer. Todo, atendiendo al cumplimiento de principios convencionales y constitucionales que demandan el amparo de la vida como valor.

No obstante, esta protección genera tensiones al permitir adoptar decisiones judiciales, que han armonizado el conflicto entre principios, al legitimar la posibilidad de la madre para ejercer su derecho a la interrupción voluntaria del embarazo.

También se determinó, que por mala praxis médica el facultativo puede causar un perjuicio al paciente. lo anterior, al no practicar los exámenes clínicos pertinentes, o al abstraerse de informar o suministrar una información errada, sobre algún tipo de malformación presentada en el *nasciturus*. Este tipo de comportamientos, generan la aplicación de la teoría de la vida como daño indemnizable, a través de las acciones judiciales *wrongful birth*, *wrongful conception* y *wrongful adoption*.

Uno de los principales hallazgos de la investigación, se presentó al identificar un antecedente importante en Colombia, (Ardila Arrieta, et al., 2019) para la aplicación de las acciones judiciales *wrongful conception*: en el año 2016, el Consejo de Estado colombiano reconoce este tipo de acciones y, por consiguiente, se genera un precedente de gran relevancia.

Bibliografía

- Ardila Arrieta, G., Briceño Martínez, J. J. & Ugarte Lizarazo, J. O. (2019). Los derechos fundamentales en personas naturales y jurídicas. Validación de un instrumento, análisis de concepciones y estrategia formativa para profesionales. *Revista Republicana*, 109-142. <https://n9.cl/xe3zo>
- Bastidas Goyes, L. G., & Rueda Barrera, E. A. (2020). La aceptabilidad de las acciones wrongful birth en el marco de la Teoría Discursiva del Derecho de Jürgen Habermas. *Revista estudios sociojurídicos*, 22(1), 145-174.
- Calvo Meijide, A. (2004). El nascitur como concepto de Derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista. *Cuadernos de Bioética*, 283-298.
- Elizari Urtasun, L. (2010). El daño en las acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life. *Revista Derecho y salud*, 19, 139-163.
- Estrada Vélez, S. (2011). La noción de principios y valores en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 41-76.
- Fernández Muñoz, M. L. (2021). La ampliación del concepto tradicional de wrongful conception en el campo de la responsabilidad médica en Colombia. *IUSTA*, 14-50.
- Freixes Sanjuán, T. & Remotti Carbonell, J. C. (1992). Los valores y principios en la interpretación constitucional. *Revista española de Derecho constitucional*, 97-109.
- Fugardo Estivill, J. M. (2018). Procreación humana y acciones de responsabilidad. *Derecho español y comparado*. Barcelona: J.M. Bosch Editor.
- Gaitán-Duarte, H., Rubio-Romero, J. A., & Gómez-Chantraine, M. (2009). Interpretación del desempeño operativo de las pruebas de tamizaje y de diagnóstico de enfermedades en obstetricia y ginecología. *Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología*, 365-376.

- Galvis Plazas, M. X. (2019). Límites y alcances jurídicos sobre los derechos del nasciturus. *Prolegómenos*, 93-107. <https://n9.cl/ast597>
- Garibo Peyró, A. P. (2019). El derecho a la vida cuando ésta es frágil como una exigencia de justicia: la perspectiva que ofrecen las acciones de wrongful birth y wrongful life sobre las personas con discapacidad. *Persona y Derecho*, 81, 323-348.
- Gleitman v. Cosgrove, 227 A.2d 689, 22 A.L.R.3d 1411, 49 N.J. 22 (Supreme Court of New Jersey 6 de marzo de 1967).
- Kelsen, H. (1979). *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- López-Oliva, J. (2015). La teoría de la vida como daño en la responsabilidad médica en Colombia los aportes y vacíos de la corriente principalista en las tensiones generadas con la aplicación de esta teoría. *Advocatus*, 45-69.
- Macía Morillo, A. (julio de 2007). La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life. *Revista de Derecho* (27), 3-37.
- Macía Morillo, A. (2009). Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por wrongful birth y wrongful life. *Revista chilena de derecho privado* (12), 167-206.
- Medina Pabón, J. E. (2021). *Aproximación al Derecho y derecho de personas*. Bogotá: Tirant lo blanch.
- Morales Godo, J. (2005). El estatus del concebido y la problemática de la fecundación. *Revista PUCP*, 409-432. <https://n9.cl/3a2plc>
- Pérez Boada, H. F. (2020). Aborto y voluntad: Análisis jurisprudencial y legal del procedimiento médico de interrupción del embarazo y su relación con la capacidad volitiva de la mujer gestante. *Revista Temas sociojurídicos*, 40(79), 11-43. <https://n9.cl/mr3yrf>
- Rivera, J. L. (2013). El perjuicio de haber nacido. El affaire Perruche de la Asamblea plenaria de la Corte de Casación y una sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Tacna. *Advocatus*, 215-230.

- Suárez López, B. E., & Fuentes Contreras, É. H. (2015). Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Concepto y desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Prolegómenos*, 65-80. <https://n9.cl/szgvv>
- Uzcátegui, O. (2013). Derechos del no nacido. *Revista de Obstetricia y Ginecología de Venezuela*, 73(2), 77-79.
- Valencia Zea, A., & Ortiz Monsalve, A. (2016). *Derecho civil. Tomo I. Parte general y personas*. Bogotá: Temis.
- Yágüez Ricardo, A. (2005). Ante la cuarta sentencia de la Sala Primera en materia de wrongful birth: ¿Es posible hablar ya de una “jurisprudencia”? *Revista Derecho y Género*, 179-208.
- Zapata Mira, C. (2012). ¿Es persona el nasciturus? Reconocimiento jurídico de los derechos del nasciturus en la legislación colombiana. *Revista Universidad Católica de Oriente*, 87-97.

Jurisprudencia

- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia Rad: 81001233100020090005101(41262) M.P. Ramiro Pazos Guerrero: 5 de diciembre de 2016.
- Corte Constitucional Sentencia C-591 de 1995 (M.P. Jorge Arango Mejía: 7 de diciembre de 1995)
- Corte Constitucional Sentencia C-109 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero: 15 de marzo de 1995)
- Corte Constitucional Sentencia C-013 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo: 23 de enero de 1997)
- Corte Constitucional Sentencia C-239 de 1997 (M.P. Carlos Gaviria Díaz: 20 de mayo de 1997)
- Corte Constitucional Sentencia C-355 de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araujo Rentería: 10 de mayo de 2006)

- Corte Constitucional Sentencia C-055 de 2022 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo y Alberto Rojas Ríos: 21 de febrero de 2022)
- Corte Constitucional Sentencia C-341 de 2017 (M.P. Alberto Rojas Ríos: 24 de mayo de 2017)
- Corte Constitucional Sentencia T-171 de 2007 (M.P. Jaime Córdoba Triviño: 9 de marzo de 2007)
- Corte Constitucional Sentencia T-988 de 2007 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: 20 de noviembre de 2007)
- Corte Constitucional Sentencia T-209 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández: 28 de febrero de 2008)
- Corte Constitucional Sentencia T-946 de 2008 (M.P. Jaime Córdoba Triviño: 2 de octubre de 2008)
- Corte Constitucional Sentencia T-009 de 2009 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: 16 de enero de 2009)
- Corte Constitucional Sentencia T-388 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: 28 de mayo de 2009)
- Corte Constitucional Sentencia T-585 de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: 22 de octubre de 2010)
- Corte Constitucional Sentencia T-636 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva: 25 de agosto de 2011)
- Corte Constitucional Sentencia T-841 de 2011 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: 16 de noviembre de 2011)
- Corte Constitucional Sentencia SU-096 de 2018 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas: 17 de octubre de 2018)
- Corte Constitucional Sentencia T-398 de 2019 (M.P. Alberto Rojas Ríos: 29 de agosto de 2019)
- Corte Constitucional Sentencia T-284 de 2020 (M.P. Carlos Bernal Pulido: 5 de agosto de 2020)

Corte Constitucional Sentencia C-088 de 2020 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo: 2 de marzo de 2020)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica (28 de noviembre de 2012).

Sentencia Tribunal Supremo Español Sala Primera de lo Civil, 495 de 1997 (M.P. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta: 6 de junio de 1997).

Sentencia Tribunal Supremo Español Sala Primera de lo Civil 531 de 1998 (M.P. Antonio Gullon Ballesteros: 5 de junio de 1998).

Autonomía Ética del Médico Frente a la Práctica de la Eutanasia en Colombia: Dilema Contemporáneo Sobre la Subrogación del Derecho a Morir Dignamente

Ethical Autonomy of the Physician Facing the Practice of Euthanasia in Colombia: Contemporary Dilemma on the Surrogation of the Right to Die with Dignity

Mónica Minow Cardona Rentería
Médica y cirujana Egresada Maestría en Derecho Médico
Universidad Santiago de Cali
Correo: moca.09@hotmail.com
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3365-1278>

Resumen

La eutanasia es un acto con una inconsistencia moral entre el propósito de la medicina y su uso; por ello la presente investigación busca examinar de qué manera es posible mantener el constructo histórico de la medicina como arte de curar, dentro del contexto actual del derecho a morir dignamente. Mediante la revisión de los mecanismos jurídicos, éticos y socioculturales que sobre la regulación de la eutanasia en Colombia determinan la conveniencia en la elección del tipo de eutanasia a legalizar en el país, se pretende interpretar el valor que se le otorga a la voluntad del profesional médico como actor directo,

Cita este capítulo / Cite this chapter

Cardona Rentería, M. (2024). Autonomía Ética del Médico Frente a la Práctica de la Eutanasia en Colombia: Dilema Contemporáneo Sobre la Subrogación del Derecho a Morir Dignamente. En: Marín Ordoñez, J. y Rincón Andreu, G. (ed. científicos). *Retos y Perspectivas del Derecho Médico*. (pp. 77-120). Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali.

dentro de este procedimiento, tomando como punto de referencia los países de Suiza y Canadá. Finalmente identificar si los conceptos de dignidad y autonomía del paciente, relacionados con la eutanasia, están en contravía con los principios éticos del ejercicio de la medicina en Colombia.

Palabras clave: Eutanasia, Dignidad Humana, Muerte Asistida, Ética médica, Autonomía.

Abstract

Euthanasia is an act with a moral inconsistency between the purpose of the medicine and its use; For this reason, this research seeks to examine how it is possible to maintain the historical construct of medicine as the art of healing, within the current context of the right to die with dignity. By reviewing the legal, ethical and sociocultural mechanisms that determine the convenience of choosing the type of euthanasia to be legalized in the country on the regulation of euthanasia in Colombia, it is intended to interpret the value that is given to the will of the medical professional as a direct actor, within this procedure, taking as a point of reference the countries of Switzerland and Canada; finally to identify if the concepts of dignity and autonomy of the patient, related to euthanasia, are in contradiction with the ethical principles of the practice of medicine in Colombia.

Keywords: Euthanasia, Human Dignity, Assisted Death, Medical Ethics, Autonomy.

Introducción

En la actual sociedad la vida se presenta como objeto de valor superior en donde comienza y termina todo, es así que la muerte constituye un acontecimiento natural que determina la culminación de la existencia de cada ser vivo, tan natural, común y frecuente como

los nacimientos masivos en el mundo, y es justamente debido a su naturalidad que como proceso cíclico en sociedad deberían existir amplios estudios y conocimientos médicos que permitieran el trato correcto del ser humano en el proceso de defunción. Sin embargo, esto no es del todo aplicado en el quehacer médico, muchos no se encuentran preparados ni psicológica, ni médicamente para manejarlo, ocasionando que su accionar en muchos casos no beneficie al paciente (Solidoro, 1999).

En la actualidad, el uso del término eutanasia está caracterizado por una amplia diversidad de significados, conduciendo a no pocas confusiones, no solo en las discusiones que se dan en el ámbito público, sino también entre los especialistas de bioética. Esta diversidad tiene su origen en la diferencia histórica que ha tenido la palabra, pero hoy en día depende también, al menos en parte, de orientaciones ideológicas. Algunos juegan con la confusión terminológica para intentar abrir una brecha en los ordenamientos jurídicos que tienen como uno de sus principios constitucionales la prohibición de acabar voluntariamente con la vida de una persona (Requena, 2012).

Se puede inferir que existe una inconsistencia moral entre el propósito de la medicina y el uso de la eutanasia, pues esta profesión busca, ante todo, preservar la vida, prevenir enfermedades, velar por la salud general de cada individuo y, a grandes rasgos, buscar el perfeccionamiento de la especie humana, mejorando significativamente los patrones colectivos de vida.

Teniendo en cuenta todo lo aquí mencionado, se analizará con sentido crítico si existen transgresiones a los principios de ética médica en relación con la aplicación de la eutanasia en Colombia, generando primero una premisa de cómo el mecanismo autorizado para dicha práctica, produce o no, una separación de los principios determinantes del ejercicio de la medicina, argumentando todo sobre varios temas centrales: el valor de la autonomía médica, la muerte digna y el derecho autónomo del paciente solicitante de la eutanasia.

Cuando se habla sobre la ética se deben hacer consideraciones alrededor de su significado, no como concepto, sino dentro de los diferentes

contextos. Rachels (2006), en su libro *Introducción a la Filosofía Moral*, habla desde un enfoque utilitarista, este autor expone que, para los utilitaristas clásicos, los estatutos que obstaculizan la eutanasia no solo son contrarias al bienestar general, sino que son limitaciones injustificadas al derecho de las personas de determinar sus propias vidas.

Expresa abiertamente la idea de permitir y emitir juicios (de ser necesario) con base a las ideas y necesidades de cada individuo. La filosofía moral es amplia y se expande a medida que se generan nuevos pensamientos y teorías; sin embargo, en el intento de alcanzar un entendimiento sistémico, se debe tener en cuenta que todo precepto moral es consecuencia de la razón y su posición requiere de la imparcialidad en promoción de un criterio complejo.

Por otra parte, en el enfoque normativo es oportuno resaltar que, en 1997, la Corte Constitucional de Colombia despenalizó el “homicidio por piedad” y exoneró al cuerpo médico de toda responsabilidad penal, siempre y cuando quien solicite esta intervención se trate de un enfermo terminal sometido a un inconmensurable dolor o agonía y que cuente con pleno uso de sus facultades.

Este procedimiento es monitoreado y garantizado por el Estado, además, solo puede realizarse por profesionales médicos capacitados. Por lo anterior, se sobreentiende que la muerte asistida bajo control médico es una acción que surge de la decisión y voluntad de una persona enferma cuya carga se interpreta en consecuencias familiares, sociales, médicas, éticas y políticas. En ese sentido, es necesario enfatizar en la Ley 23 de 1981, a partir de la cual el Congreso Nacional introdujo en el sistema jurídico un conjunto de normativas que rodean la ética relacionada con el ejercicio de la medicina (Colombia. Congreso de la República, 1981).

Arrubla (1989) esclarece que esta ley ética médica se divide en tres partes. En la primera parte, la ley de Ética Médica se preocupa por tratar pautas sobre algunos temas como lo son: el “Secreto Profesional”, la “Inseminación Artificial”, la “Dicotomía”, los problemas pertinentes

a la “historia clínica”, las situaciones que hacen referencia a la conducta del médico frente a sus colegas, como los deberes que tiene el médico para con el Estado y aquellas responsabilidades inherentes a la relación médico-paciente.

En un segundo lugar, la ley de Ética Médica instituye los Tribunales de Ética Médica, que son aquellos organismos autorizados para investigar y juzgar aquellos comportamientos incompatibles con la Ética Médica; según lo dispuesto en la Ley, en cada Departamento, Intendencia o Comisaría, deberá existir un Tribunal Seccional de Ética Médica con autoridad para conocer de los procesos éticos disciplinarios que se presenten por razón del ejercicio de la medicina dentro de su comprensión territorial; y por encima de esos Tribunales Seccionales, cumpliendo lo que en Derecho se denomina el “Principio de las Dos Intendencias”, existe el Tribunal Nacional de Ética Médica, finalizando, la ley de Ética Médica diseñará e implementará el procedimiento que se va a seguir para un proceso disciplinario, el cual en líneas generales se adelanta en un proceso penal.

Por todo lo anterior, es sabido que el derecho y la ética no suelen ir de la mano siempre, pues el derecho de una persona sobre cómo y cuándo morir se traduce a la autonomía y entra en conflicto con los valores éticos en los que se basa la medicina, los cuales tienen como objetivo la salvación y prolongación de la vida humana; conflicto que puede terminar en instancias jurídicas reflejando la dimensión ética del problema (Carrasco y Piskorz, Sf).

Es por ello que se tienen en cuenta los principios globales de la medicina sin dejar de lado los valores ni la ética personal del médico, porque si bien el médico existe para defender y proteger la vida como argumento vital para realizar sus labores, siendo esta su función principal, no es su única función, pero evidentemente es la primordial.

En Colombia es de conocimiento público que la Corte Constitucional reconoce que los médicos asumen estar dispuestos a interrumpir la vida de cualquier ser humano en caso de que se necesite; eso sin olvidar que precisamente el médico es el único ciudadano que, por su

profesión, se encuentra ética y jurídicamente impedido para ejecutarlo (Solidoro, 1999).

De acuerdo con la Asociación Médica Mundial (AMM) “la eutanasia, es decir, el acto deliberado de poner fin a la vida de un paciente, aunque sea por voluntad propia o a petición de sus familiares, es contraria a la ética. Ello no impide al médico respetar el deseo del paciente de dejar que el proceso natural de la muerte siga su curso en la fase terminal de su enfermedad” (Williams, 2005). Es pertinente mencionar también alguna de las opiniones profesionales como las del doctor José Fernando Castro Caicedo, que manifestó en su condición de defensor del pueblo que “la eutanasia es reprochable desde el punto de vista ético y moral” (Kottow, 1995).

Por tanto, la dignidad la tiene el individuo solo por el hecho de estar vivo que constituye a la dignidad de la vida, pero también está la dignidad del individuo en cuanto a su capacidad de determinar su propia autosuficiencia, esta constituye a la dignidad humana, por lo tanto, el cuidado y no discriminación representan un concepto armónico entre el médico y el Estado, comprendiendo al profesional como un actor que brinda protección a la sociedad.

De acuerdo con lo expresado y en palabras propias de la Corte “el Estado no puede oponerse a la decisión del individuo que no desea seguir viviendo y que solicita le ayuden a morir cuando sufre una enfermedad terminal que le produce dolores insoportables, incompatibles con su idea de dignidad...” (Senado, 2007).

Sin embargo, el médico sí puede oponerse e incluso, en cierta medida, pasa a ser su deber ético y jurídico, aunque este pueda resistirse a realizar esta acción por sus parámetros médicos, entiende que el paciente es digno por el hecho de que es un ser humano con vida, y esa percepción de la dignidad de la vida del paciente no se verá afectada por el motivo de que la persona decida culminar su vida, a pesar de que sí signifique una pérdida de su dignidad humana, el poseer poca o nada de su capacidad de autosuficiencia o autodeterminarse (Aparici, 2004).

La eutanasia representa un gran desafío en sociedad, encontrándose dividida entre argumentos moralistas, políticos, clínicos y legisladores; por ello, la intención de este trabajo se basa en comprender el reto médico en el que se encuentra el profesional de la salud a la hora de enfrentarse a los casos de eutanasia en Colombia, comprendiendo de manera precisa como se establece su aplicación con base a las leyes establecidas en la Constitución referentes a la eutanasia. También se profundizará en lo que implica la eutanasia en la vida de los enfermos terminales y la vía de acceso a el procedimiento, explorando sus clasificaciones y tipos.

Con la despenalización de la eutanasia en Colombia, mediante la Sentencia C-239 de 1997, la Corte Constitucional deja en un limbo ético el actuar de los galenos, mientras ejecutan un acto totalmente contrario a su razón profesional de existir. Si bien cuentan con la posibilidad de objeción de conciencia, esta herramienta aparta a unos tantos de una problemática que acosa a todo un gremio.

Es comprensible que la práctica de la eutanasia, como un deber del Estado, proteja al sujeto pasivo (paciente), salvaguardándole sus derechos fundamentales, pero se desdibujan los principios éticos contemplados en una ley que rige el actuar médico y que existe desde mucho antes que se configurara jurídicamente la eutanasia.

Comprendiendo que los lineamientos actuales de la eutanasia en este país dejan una responsabilidad mutua tanto del paciente, como del médico; si bien la eutanasia plantea una solución a lo irremediable, como lo es una enfermedad terminal, dolorosa y sin solución desde la intervención médica, donde el paciente no obtiene resultados con la terapia paliativa para tener una vida soportable, oficializarla como una práctica lícita bajo el cumplimiento de ciertos criterios –que dependen únicamente del paciente (aunque el médico es el actor directo de la misma)–, compromete la integridad de este gremio, la identidad y su misión dentro de la sociedad.

Se ingresa en un mundo de doble aceptación del rol moral y ético del médico en su día a día: el que atiende un parto con resultados favora-

bles y trae a la vida un ser humano, está acorde con su rol, empero, el médico que aplica medicamentos para detener todas las funciones vitales de su paciente, también lo está. El panorama es cruento y difícil, evidenciando la legalidad de un procedimiento que parece estar en medio de una confusión de conceptos jurídicos, éticos y humanísticos.

Con respecto al punto de vista de la sociedad, es indispensable ampliar su visión más allá del paciente mismo, como la víctima de una situación en la que todos deciden menos él. Se requiere que conozcan la problemática social, moral, ética y personal en la que está comprometido el personal de salud, quienes para el procedimiento de la eutanasia son los únicos autorizados para ejercerla, según el Protocolo para la aplicación de la Eutanasia en Colombia (Ministerio de salud, 2015).

En este orden de ideas, investigar el porqué de la eutanasia en Colombia resulta de gran importancia para concientizar y re-educar a la población acerca de este tema, derribando prejuicios, pero sobre todo exponiéndolos en un margen de respeto hacia las creencias religiosas y morales que las personas, y en especial, el personal de la salud, tienen sobre el tema.

Para el gremio de la salud, el estar al tanto de las actualizaciones en las leyes médicas, implica gran parte de su trabajo, por lo que la investigación también sirve de soporte para profesionales y futuros profesionales de la salud que necesiten conocer o ampliar su conocimiento en esta área.

Desde los resultados obtenidos, se pretende entregar un referente analítico y crítico con enfoque hacia los derechos profesionales y la sostenibilidad de los más altos preceptos éticos del ejecutor directo de la eutanasia: el médico, de quien parece haberse olvidado la jurisprudencia dentro de la práctica de la misma en Colombia.

Por último, la investigación cuenta con múltiples datos verídicos acerca de la forma de realizar el procedimiento y como se establecen en las leyes, cada uno de los datos citados debidamente y extraídos de

importantes documentos dedicados al análisis y debate de la eutanasia en Colombia. En consecuencia, a todo lo tratado entonces, surge el cuestionamiento ¿De qué manera es posible mantener el constructo histórico de la medicina como arte de curar dentro del contexto actual del derecho a morir dignamente, mediante la aplicación de la eutanasia a pacientes que lo solicitan?

Para tratar de dar respuesta a esta pregunta, se hace una revisión de los mecanismos jurídicos, éticos y socioculturales que sobre la regulación de la eutanasia en Colombia determinan la conveniencia en la elección del tipo de eutanasia a legalizar en el país, además de interpretar el valor que se le otorga a la voluntad del profesional médico en Colombia y, finalmente, identificar si los conceptos de dignidad y autonomía del paciente, relacionados con la eutanasia, están en contravía con los principios éticos establecidos dentro del ejercicio de la medicina en Colombia.

Metodología

Por un lado, se parte de una metodología con enfoque hermenéutico cualitativo, para obtener una comprensión profunda de los significados y definiciones de la situación o tema a tratar, en este caso, la eutanasia como dilema ético en Colombia, ahondando en los conflictos éticos en los que el médico se encuentra para realizar el acto. Por otro lado, también se utiliza una metodología descriptiva, con un análisis crítico, el cual comprende la interpretación y descomposición de lo revisado, esto sirve de punto de partida para analizar las diferentes leyes en las que se establece el modo en el que el médico debe proceder, suponiendo a la ley más allá de un limitante de sus creencias, más bien un material de apoyo del médico en la toma de su propia decisión.

La técnica estructurada de obtención de la información como instrumento de investigación se hará a través de la revisión bibliográfica de bases de datos especializadas, libros, revistas de importancia nacional y mundial sobre el tema de la eutanasia, con perspectiva en

ética médica, bioética, derechos fundamentales; así como la reglamentación de la Constitución Política, códigos, leyes, decretos y resoluciones que sustentan su práctica en Colombia; lo anterior desde varios aspectos que se consideran necesarios para desenmarañar el dilema entre lo jurídico y lo ético.

Determinantes en la Elección del Tipo de Eutanasia a Legalizar en Colombia

Mecanismos Jurídicos, Éticos y Socioculturales Sobre la Regulación de la Eutanasia en Colombia

La eutanasia es un tema de gran discusión en Colombia, generando múltiples debates políticos, sociales y religiosos. Existen diferentes conceptualizaciones alrededor del derecho a morir dignamente, lo cual nunca ha sido un tema fácil de tratar, donde el desconocimiento de las personas aumenta los prejuicios y el concepto general sobre este procedimiento, relacionándolo con una vulneración a los principios morales y religiosos de cada persona.

Desde la Constitución Política de 1991 se crea un escenario jurídico y político propicio para llegar al estado del arte, en lo que a eutanasia se refiere en Colombia. Primero, la inclusión de los Artículos 11 al 41 (Título II, Capítulo 1) que, en concordancia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, garantizan y protegen desde el Estado los derechos fundamentales de los colombianos.

Segundo, la disposición de la herramienta jurídica de la acción de tutela ha facilitado a los ciudadanos reclamar de forma libre y oportuna la protección de estos derechos fundamentales descritos en la Constitución. Todo lo anterior, requeriría de un soporte para sustentar la supremacía de la Carta Magna; labor realizada por la Corte Constitucional que, además de protegerla, ha contribuido grandemente con la evolución jurídica, política, ética y cultural del país, siendo también garante de los derechos fundamentales, reafirmando la jurisprudencia en todos los temas relacionados.

Colombia, como un Estado Social de Derecho, reconoce la dignidad como una consecuencia del constitucionalismo contemporáneo, cuyo enfoque da sentido al precepto de democracia, dado que, ante la proclama de un Estado libre y democrático, el respeto y la dignidad confluyen para el establecimiento de principios políticos y morales, donde la justicia, la vida y la ética cimientan el Estado.

Por otra parte, a través de la lógica dialéctica y práctica, así como de una argumentación lógica dinámica, se permitirá que los principios de dignidad y libertad humana se encuentren comprendidos y reconocidos en la norma jurídica, para que se justifiquen éticamente los actos decisionales, considerándose como correctos y justo, de modo que se constituyan en benéficos al ser *pro homine* (López, 2014).

El concepto de dignidad de la persona en la Constitución Política de Colombia de 1991 es resultado del perfeccionamiento de un proceso histórico, en el cual la forma tradicional de comprender esta noción ha sido compleja, y se ha dado gracias a la consolidación de un constante esfuerzo intelectual y filosófico que se inicia tiempo atrás (Tamayo y Sotomayor, 2018, p. 19). Se percibe así que, históricamente, el reconocimiento de la dignidad humana era limitado a unos pocos, pero con el paso del tiempo el concepto se expande más, para generalizarse y reconocerla como principio fundante del Estado social y democrático de derecho, tal como lo ha hecho la Corte Constitucional de Colombia, lo cual implica, de una u otra forma, el reconocimiento del otro como ser digno, parte de la especie humana de una manera igualitaria e incondicional (Tobón, 2018, p. 3).

Apelando al Artículo 16 de la Constitución Política colombiana, la Corte Constitucional revaloriza el principio bioético de la autonomía dando a entender que cada ciudadano puede tomar decisiones sobre su cuerpo y su vida, frente a las que nadie debe inmiscuirse, obviamente con excepciones bien sustentadas dentro ley. Entonces con base en estos artículos mencionados, justifica el derecho que tiene un ciudadano a solicitar su propia muerte.

Ahora, ¿cómo es posible que se endilgue esta solicitud de muerte, soportada en un derecho autónomo de uno, para que sea realizado por

un tercero? Pues bien, para justificar esto, se considera otro principio constitucional, la solidaridad, contemplado dentro del mismo Artículo 1. El médico debe ser solidario y ayudar a otro que solicita ayuda, así, el derecho de uno se convierte en el deber de otro.

Hay otros argumentos bien interesantes que sumaron a esta sustentación a la Corte sobre la solidaridad, fueron el Artículo 95, en el cual se indica que es un deber del ciudadano “obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas” (Colombia. Constitución Política, 1991). Todos somos Estado, por ende, todos contribuimos al engrandecimiento del mismo. En el Artículo 49 se habla sobre el cuidado de la salud como una responsabilidad del estado y también un deber individual de cada persona.

En Colombia, la eutanasia es sancionada por el Código Penal (CPC) como un hecho punible atentatorio contra el bien jurídico de la vida, como bien supremo de todo ser humano (CPC, Art. 106), aunque la jurisprudencia la despenalizó en circunstancias específicas. A partir de la Sentencia C-239 de 1997, la Corte Constitucional declara exequible el artículo 326 del antiguo Código Penal colombiano (Decreto 100 de 1980), en una votación claramente dividida de 6 votos a favor, con 2 aclaraciones y 3 votos en contra, la corporación toma la decisión de declarar constitucional la norma, indicando, además, que desde ese momento no habría lugar a responsabilidad penal bajo tres condiciones, vale decir: primero, que el sujeto activo (paciente) sea un enfermo terminal, padezca un intenso sufrimiento y dolor; segundo, que mediara la voluntad y el consentimiento del paciente; tercero, la intervención de un médico tratante en la realización del procedimiento. Con lo dictaminado, se ocasionan las primeras confusiones sobre el tema, sumando, además, que esta jurisprudencia no había sido reglamentada por la ley.

La Corte Constitucional en Colombia decide en el año 2013 dar vía libre para aceptar la voluntad del paciente que se encuentre en estado terminal. De manera estricta se debe señalar que, entonces, el debate se centra sobre la implementación de la eutanasia, solo considerando

los casos en donde la muerte es letal e inevitable, con lo que se empieza a dar importancia al deseo del paciente, quienes dan la autorización del procedimiento (Comité del Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública [CESOP], 2007).

Antes de la creación del Derecho a Morir Dignamente, sin duda un acto relevante tuvo lugar en el Senado de la República en el año 2013, en donde un proyecto de ley pretendía aprobar la eutanasia como proceso activo en Colombia, el cual contaba con mucha expectativa para que Colombia pudiese dar, por fin, el paso a una eutanasia necesaria en la sociedad. Sin embargo, el proyecto fue firmado por 87 parlamentarios y tan solo 36 votaron el proyecto, lo cual se traduce en que el 60% de los congresistas se abstuvo de votar y, como resultado, las votaciones arrojaron 12 votos por el sí en plenaria –el 16 de mayo de 2013– y 24 por el no, resultado que llevó a Armando Benedetti, senador de la República y quien fue el ponente de la sesión, a afirmar de manera apresurada que “ la polémica ley de eutanasia en Colombia ha sido declarada muerta” a través del periódico El Tiempo. Sin duda un acto que lleva a cuestionarse si las percepciones personales de los parlamentarios prevalecen a un procedimiento de alta necesidad en nuestro país.

En el año 2014, la misma Corte Constitucional falla por medio de la Sentencia T-970, reafirmando el derecho de los ciudadanos de solicitar la eutanasia al sistema de salud. Antes de esto, pocos profesionales se habían atrevido a realizar el procedimiento; sin embargo, el doctor Gustavo Quintana fue el más conocido por realizarlo a pesar de las aparentes inconsistencias en el sistema jurídico en Colombia.

Con lo anterior, surge un contraste frente a la conceptualización del Artículo 11 de la Constitución Política de Colombia referente al derecho a la vida y la eutanasia, dado que la decisión de dicho proceso recae en la capacidad del sujeto por decidir o la limitación del derecho en sí. Si bien los derechos son irrevocables, la composición del concepto de dignidad se sobrepone desde un marco moral y ontológico, donde la decisión de la eutanasia en casos específicos se convierte en una solución más allá del derecho a la vida, siendo no una decisión

de quitar la vida, sino de reconocer la vida y su calidad que pone de manifiesto la dignidad en su estado más profundo.

El deber constitucional del Estado es proteger la vida, de acuerdo a lo consignado en los Artículos 11 y 49 de la Constitución, según los cuales se preceptúa la vida como un derecho inviolable, que aunado a la salud son objeto de cuidado obligatorio; lo que pudiera estar en contraposición con la despenalización del homicidio por piedad. Al respecto, Díaz (2017) indica que la respuesta a este cuestionamiento es no; al entender que el deber del estado de proteger la vida humana no es una obligación limitada.

El derecho a morir dignamente es algo que causa gran controversia en nuestro país, bien sea por motivos religiosos, morales o afectivos. Algunas personas ven este derecho como un homicidio por parte de quien lo aplica o como un suicidio por parte de quien decide que se le realice. La muerte debe ser considerada tan natural como la vida, por lo que se debe de procurar y tener en cuenta un trato adecuado y sin prejuicios conforme a los deseos del paciente que sufre una enfermedad terminal.

Colombia, a pesar de ser declarado constitucionalmente un país laico, el Estado sigue basando sus ideales en creencias religiosas y moralistas en muchos aspectos, asemejándose así a países como España, quienes de acuerdo al Comité de Ética de la sociedad española de cuidados paliativos consideran que la eutanasia es antípoda desde el punto de vista ético, por lo que sostienen que la conservación de la vida a partir de tratamientos médicos, farmacológicos y psicológicos (cuidados paliativos) en pacientes con enfermedades terminales posibilita el ciclo de vida del enfermo y pretende mejorar su calidad de vida.

Lo anterior con ayuda de los avances científicos, médicos y tecnológicos, los cuales han realizado mejoras en la aplicación de los cuidados paliativos en las personas con enfermedades terminales. Sin embargo, y aunque se piense que estarían en contra, ellos no se oponen al deseo del paciente de rehusar los tratamientos, lo cual corresponde

al suicidio por falta de tratamiento que hace parte de los diferentes tipos de eutanasia, en este caso de modo pasivo (Delgado, 2017).

Por otro lado, entre las entidades religiosas argumentan que la aceptación, ejecución y percepción de algunas conductas es producto de la transformación social y la globalización de la información; de esta manera, con el tiempo, las implementaciones de determinadas prácticas se hacen cada vez más común, a pesar de que la eutanasia no es un procedimiento que la religión apruebe por sus preceptos morales basados en su creencia.

La formalización del derecho a morir dignamente se construyó a partir de la Sentencia T-970 de 2014 ordenada por la Corte Constitucional, la cual dio lugar a la Resolución 1216 del 20 de abril de 2015 del Ministerio de Salud y Protección Social, donde se establecieron acuerdos para la realización y aplicación de la eutanasia en el país mediante la ejecución de comités científicos interdisciplinarios, quienes son los encargados de evaluar los casos en los cuales se haga necesario llevar a cabo el procedimiento.

El ministro de salud, Alejandro Gaviria, confirmó lo expuesto en la Sentencia T-970 de 2014 de la Corte Constitucional y, además, explicó cuáles son los requisitos para que el paciente solicite el procedimiento eutanásico. Se estableció que los pacientes en etapa terminal o personas que se encuentren en estado vegetal y sean mayores de edad podrán acceder a la eutanasia, siendo aprobado por los médicos; en el caso de estado vegetal, la persona que padece la enfermedad deberá haber especificado con anticipación su deseo de morir, se podrá acceder de forma gratuita al procedimiento en los hospitales y clínicas, y si ocurre la situación en la que los médicos en sus funciones y por derecho se nieguen a realizar el método, será obligación de la EPS de remitir al paciente a la entidad que sí pueda prestarle el servicio (Montes et al., 2015).

Lo ideal es que los hospitales y centros de salud, cuenten con los comités de ética y todos los recursos bajo una adecuada orientación normativa que tenga en cuenta esas condiciones del paciente que van

más allá de lo meramente físico para mejorar su calidad de vida, al igual que la situación de sus familiares y las probabilidades de tratamiento o paliación de su enfermedad, de modo que el estado pueda proporcionar un sistema de salud eficaz, con cobertura que cubra a todas las personas para que puedan acceder a una atención integral que garantice su vida, como primera instancia, antes que garantizar la muerte, aun sea bajo condiciones de dignidad.

Todo esto hace parte de una evolución del país en el marco de la salud y el derecho a morir dignamente. No obstante, Luis Evelio Aristizábal (2015) declara que, existen aún vacíos en la regulación de esta práctica, pues ciertas consideraciones son excluidas de la norma y se ocultan al paciente, lo cual llega a presentar brechas significativas en la sociedad, siendo que la probabilidad de que se practique la eutanasia sin acatar los requisitos exigidos por la ley sea muy alta y conlleve al ejemplo más claro de los vacíos que la práctica de la eutanasia aún tiene en el marco legal en Colombia (Aristizábal, 2015).

En este punto ya ha sido evidenciado gran parte del vacío jurídico que existe alrededor de la eutanasia en el país y esta posición genera limitantes para su práctica, aumentando el desconocimiento acerca del tema, máxime cuando se profundiza en situaciones comunes sobre los mecanismos de aplicación de la eutanasia: ¿cómo realmente se puede proceder con un paciente terminal que quiere que le sea aplicada la eutanasia y el médico o su familia se oponen a este deseo? ¿Es posible que el derecho a morir dignamente sea respetado en su totalidad en este tipo de situaciones? o ¿se considera que Colombia es un país pro-vida en donde el derecho a la vida está por encima del deseo y el derecho jurídico del paciente, llevando a cabo un tratamiento que alargue su vida sin que mejore la condición de la misma? (Guerra, 2013).

A pesar de las muchas e históricas discusiones del tan sonado exequible Artículo 106 del Código Penal Colombiano (Colombia, Congreso de la República, Ley 599 del 2000), para el año 2021 se presenta otra faena jurídica, donde la Corte se pronuncia a través de la Sentencia C-233 de 2021 sobre una demanda en contra del mismo, dando como resultado la ampliación del derecho a la eutanasia a enfermos que

padezcan lesiones corporales o enfermedades graves e incurables; y que no se encuentren en estado terminal, redefiniendo, consecuentemente, no tipificar el delito consagrado como homicidio por piedad, siempre y cuando se tome la conducta de la eutanasia en las situaciones mencionadas, para poner fin a los sufrimientos de una persona bajo las siguientes condiciones a cumplir: 1). Que la persona padezca un intenso sufrimiento físico o psíquico, a causa de lesión corporal o enfermedad grave e incurable. 2). Que el procedimiento sea llevado a cabo por un médico. 3). El consentimiento informado debe ser libre y previo o posterior al diagnóstico del sujeto pasivo del acto.

Finalmente, en Colombia llevamos en aproximadamente 24 años, 7 sentencias de la Corte Constitucional, 18 proyectos para la regulación de la muerte digna, sin una ley que soporte este derecho. Aun así, el acto eutanásico ha sido regulado administrativamente de una u otra forma. Se cuenta desde el Ministerio de Salud y Protección Social con la última Resolución 971 del 1 de 2021 que precisa las reglas que rigen el proceso para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad. Con todo lo anterior, es posible identificar que los preceptos sobre los cuales se aprobó la eutanasia en Colombia fueron jurídicos y algunos éticos, con una fuerte orientación hacia el paciente, su dignidad y autonomía de decisión.

Acercamiento a la interpretación del valor que se le otorga a la voluntad del profesional médico en Colombia

La Eutanasia en Colombia: una Premisa para la Jurisprudencia y el Proceder Profesional de Miembros de la Salud

Desde un punto de vista democrático en Colombia, se parte del respeto a la dignidad humana para la distinción de aspectos concernientes a la valoración del concepto de calidad de vida, por lo que se debe lu-

char por reconocer y defender la dignidad durante la vida y la muerte. Los Estatutos Básicos establecen claramente que tienen derechos inherentes sobre seres humanos que están implícitos en ellos incluso antes de nacer (Neira y Castaño, 2019).

El derecho a morir dignamente es innegablemente un derecho inalienable e inherente al hombre, así como la muerte es inherente a la vida y a sus etapas finales. En este sentido y destinada a superar con mayor profundidad en la percepción pública de la eutanasia, como una condición socio jurídica implicando un enfoque de aplicación hacia el individuo que se encuentre en un estado de sufrimiento por un dolor indescriptible y la persona que entre sus facultades manifieste el deseo de morir (Neira y Castaño, 2019).

En Colombia, la Corte Constitucional en 1997 despenalizó la eutanasia creando la posibilidad de que quienes padecen enfermedades terminales o incurables reclamen el fin de su vida. Para la efectuación de lo anterior, autorizó los parámetros esenciales que deben tenerse en cuenta a la hora de llevar a cabo esta práctica, expresando que los puntos esenciales de este reglamento son según la Corte Constitucional en la Sentencia C-239 de 1997:

- Una comprobación realizada por personas competentes, en donde se establezca la situación real del paciente, se arrojen datos de la enfermedad que padece, así como también la madurez de la persona al tomar esta decisión y de la voluntad explícita y cierta de querer morir.
- Capacitación de toda la situación a los sujetos calificados que deban participar en el proceso.
- Circunstancias bajo las cuales la persona consiente de la muerte, pide el fin de su sufrimiento mediante su consentimiento: cómo lo expresa, a quién debe expresarlo; es decir, se debe verificar la fortaleza de su salud mental por parte de una persona competente.
- Se deben tener en cuenta las medidas que serán usadas por el sujeto calificado para realizar el procedimiento.

- Traer al proceso educativo cuestiones como el valor de la vida y su relación con la responsabilidad social, la libertad humana y la autonomía, para que la regulación penal surja como caso, en definitiva, en un proceso que pueda avanzar hacia otras soluciones.

De este modo, Colombia se convirtió en el primer país de Latinoamérica en desarrollo en legalizar regímenes activos de vida o muerte, para casos de enfermos terminales que padecen dolores intensos sin perspectivas de mejoría y que han manifestado un claro deseo de morir, incluso antes de la aparición de la enfermedad (Caesar, 2008).

Sin embargo, los lineamientos dictaminados en dicha sentencia aún permanecen casi inamovibles en los documentos normativos creados desde el Ministerios de Salud y Protección Social, con el objeto de llevar a una práctica común la realización de la eutanasia dentro del sistema de salud del país. Quedan en el tintero los procesos educativos del valor de la vida, de la autonomía y responsabilidad social al personal de salud ejecutor del procedimiento; la capacitación a los sujetos calificados para realizarlo (médicos) no ha pasado de un aprendizaje empírico que de manera casi que individual están adquiriendo unos tantos galenos, que han decidido no hacer objeción de conciencia sobre este.

Por lo que, aún persisten muchos temores al respecto debido a que la norma en salud que soportan la jurisprudencia en relación a la muerte digna, presenta limitaciones en su divulgación y conocimiento por parte del personal de salud, se adiciona la falta de soporte de guías de prácticas clínica, protocolos o procedimientos de salud que a nivel nacional e internacional validen científicamente los aspectos clínicos inmersos dentro de esta práctica.

En el año 2014, la Corte Constitucional solicitó al Ministerio de Salud y Protección Social la creación de un canal administrativo para hacer cumplir la normativa, dando origen a la Resolución No. 1216 de abril 20 de 2015, que estableció la obligatoriedad de organizar Comités Científico Interdisciplinarios para el derecho a morir dignamente en las Instituciones Prestadoras De Salud (IPS) y la Resolución 4006 del 2014, mediante la que se crea el comité interno desde el mismo Minis-

terio de salud y Protección Social, para controlar el ejercicio efectivo del derecho del paciente terminal a morir con dignidad.

A partir de aquí, se ha dado continuidad a la normativa, lo que ha comprometido la participación de todo el sistema de salud, administradores del aseguramiento, prestadores, entes de control y vigilancia, para dar cumplimiento a lo ordenado por la Corte Constitucional, hasta llegar a la actualidad, donde se logra reorganizar y actualizar todo el procedimiento y trámite para acceder al derecho a morir dignamente, en una nueva directriz contenida en la Resolución 971 del 1 de julio del 2021. Es relevante anotar que todas estas disposiciones normativas fueron creadas antes de que se hiciera la ampliación del derecho a la muerte digna a través de la eutanasia.

A partir del 22 de julio del 2021, no solamente los pacientes con enfermedad en estado terminal pueden solicitar el procedimiento, también pueden acceder aquellos que padezcan lesiones corporales o enfermedades graves e incurables que le producen intenso sufrimiento físico o psíquico (Sentencia C-233 de 2021 de la Corte Constitucional colombiana).

Lo anterior, deja en un estado muy subjetivo, con mayores confusiones, sobre a quién aceptar o no la solicitud del procedimiento y en cuáles patologías específicas puede o no realizarse; la jurisprudencia en su decisión puede tornarse demasiado amplia y difícil de especificar para el gremio de la salud. Si se toma en cuenta que el procedimiento definido en las Resoluciones ya mencionadas, está contemplado únicamente para quienes padezcan enfermedades en fase terminal, es claro que algunos conceptos no han sido concretados desde el Ministerio de Salud, por lo que las discusiones alrededor del tema siguen siendo relevantes y necesarias para asegurar que las instalaciones sanitarias respeten y cumplan a cabalidad las decisiones tomadas por el tribunal (Hurtado, 2015).

Es oportuno señalar cómo, en Colombia, se dio aplicación a los alcances de la norma citada cuando se reconoció el derecho a morir dignamente a pacientes considerados con patologías no terminales, Víctor Escobar en Cali y Martha Sepúlveda en Medellín, con enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC) y esclerosis lateral amiotrófica (ELA) respectivamente, constituyéndose en los primeros ciudadanos

en nuestro país que se le reconoce este derecho, pese a las oposiciones de cierto sector de la sociedad, atendiendo a lo rezado en la Sentencia C-233 de 2021 de la Corte Constitucional.

A través de todos los mecanismos referidos, Colombia se convierte en el primer país en desarrollo en legalizar un régimen activo de vida o muerte y la Corte Constitucional se aseguró de que en situaciones en donde los pacientes terminales que experimentan un sufrimiento extremo, aunque el Estado debe velar por la protección de la vida, puede ceder ante el reconocimiento y aplicación del consentimiento informado en el que el paciente expresa su deseo de morir dignamente, entendiendo que vivir con dignidad también recoge el morir con ella.

De acuerdo con la observancia de la Ley 393 de 1997, Ley 1437 de 2011 y 1449 de 2019, las consecuencias a los médicos tratantes dependerán del tipo de relación contractual que se tenga entre el Hospital o la EPS, con quien haya acordado su vínculo laboral, ya que tanto los efectos y las acciones buscan dar cumplimiento a una norma, pero se desarrollan de manera diferentes (Hernández, 2020, p. 88).

Así las cosas, se puede pensar que tanto los funcionarios públicos como los médicos tratantes están obligados a desarrollar sus funciones bajo el imperio de la Ley, ya que en caso contrario podrían verse responsables en lo que por acción u omisión desencadena el incumplimiento de una norma constitucional y legal, pudiendo derivarse en daños a los interesados y a su vez al sistema jurídico colombiano, ya que la inaplicación de este tipo de normas puede generar inseguridad jurídica para los pacientes que quiere acogerse al proceso de aceleración de la muerte o muerte con dignidad en la que se configura la eutanasia como expresión de dignidad humana y libertad que el Estado debe garantizar a todas las personas (Hernández, 2020, p. 89).

Autonomía del profesional médico dentro de la práctica de la eutanasia

Según lo definido por el Ministerio de Salud y Protección Social, en el Protocolo para la aplicación de la eutanasia en Colombia, el procedi-

miento solo lo puede realizar un profesional médico. Así mismo, ratifica en la Resolución 971 del 2021 de la Corte Constitucional el deber que tiene el médico de realizarlo, al cual únicamente puede renunciar haciendo objeción de conciencia; con estos lineamientos normados en un protocolo, se comienza a encasillar el actuar médico, primero, porque le endilgan la responsabilidad de cumplir con el derecho del paciente, aun sea finalizar con la vida y, segundo, porque debe firmar un documento que le permita liberarse de lo ya impuesto.

De acuerdo con la Corte Constitucional, si un enfermo terminal considera que su vida debe ser terminada porque para él no es compatible con su dignidad, puede proceder en consecuencia, en ejercicio de su libertad, sin que el Estado esté facultado para resistir su desig- nio, prohibir o sancionar a un tercero para que le ayude a utilizar sus preferencias (Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-239, de 1997).

A diferencia de lo anterior, el médico como profesional existe para defender la vida como un hecho biológico. Si bien no representa un total de sus funciones, es innegable que esta es su función básica. Dentro del campo médico, la dignidad del individuo existe por el simple hecho de estar “biológicamente vivo”; una cosa es la dignidad del individuo por el simple hecho de “vivir” lo que corresponde a la dig- nidad de la vida, y la otra es la dignidad del individuo en relación con su capacidad de autodeterminación personal, lo que se conoce como dignidad humana. El respeto y la protección del primero se aplica por igual al estado y al médico, y el respeto y la protección del segundo se aplica igualmente al estado y al individuo.

En lo establecido por la Corte, “el Estado no puede oponerse a la de- cisión del individuo que no desea seguir viviendo y que solicita le ayuden a morir cuando sufre una enfermedad terminal que le pro- duce dolores insoportables, incompatibles con su idea de dignidad...” (Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-239, de 1997). No obs- tante, el médico sí puede oponerse y es incluso un deber ético y jurí- dico en sus funciones, por lo que se entiende que, por ser médico, este pueda presentar resistencia a realizar el procedimiento y se le permi-

te dentro de la norma expresarlo a través del documento de objeción de conciencia, el cual representa parte de esa manifestación de su autonomía profesional.

Es importante reconocer que el médico no está necesariamente obligado a mantener la vida ante cualquier situación o costo que implique medidas absurdas (Pastor, 1993), pero tampoco disponer de la vida de su paciente de la misma forma en la que el paciente, su familia o el estado quiera y pueda hacerlo. En este entendido, también el profesional de la salud es autónomo, no está obligado a realizar acciones irracionales, esto en los términos de sostener la vida; sin embargo, en lo referente a ejecutar lo contrario, no tiene autonomía, ya que la disposición final únicamente compete al dueño directo de ella, el paciente.

Se observa que el paciente dentro de todo contexto posee autonomía y libertad a la hora de decidir sobre sí; en relación a ello, en el texto “libertad profesional del médico en el nuevo contexto de la relación clínica: su delimitación desde una perspectiva constitucional”, se enmarcan las diferentes coyunturas en torno al caso de la actuación médica; por ende, González (2005) plantea que la libertad de actuación médica se ha visto ciertamente sometida a importantes cambios que derivan de dos importantes fenómenos: la inserción de la relación médico-paciente en el marco de un sistema público prestacional, lo que exige adoptar medidas que, garantizando la sostenibilidad del sistema, limitan la capacidad de decisión del profesional y la aparición del principio de autonomía del paciente.

Andraca et al. (2008) manifiesta que para hacer menos penosa y dolorosa esta última etapa de la vida, desde hace muchos años los médicos que atienden a pacientes en etapa terminal de alguna enfermedad incurable restringen su actuación e imponen en la práctica sus propios límites. Sin embargo, los límites y las acciones son muy diversos e imprecisos y los médicos actúan, y han actuado, según sus conocimientos y criterios.

Con los cambios sociales y, sobre todo, con la modernización de la ética médica, la autonomía de los pacientes ha adquirido una enorme importancia. Cada día es más común observar que se responsabilicen y participen en las decisiones vitales y no deleguen en el médico todo el compromiso de su atención; lo anterior nos lleva al escenario de que la voluntad médica, finalmente, no es más allá de la permitida en lo que a la *lex artix* concierne; significa esto que no existe tal autonomía, sino la lícita dentro de lo contemplado en los protocolos, guías de manejo médico, la ética y llega hasta donde la autonomía del paciente lo permite.

La objeción de conciencia resulta ser el mecanismo que le permite al médico hacer valer su autonomía cuando la decisión de no participar en la práctica de la eutanasia es opuesta a la autonomía del paciente que ha tomado la decisión de hacer valer su derecho a la muerte digna. Al respecto, Vanegas Carvajal (2017) plantea la objeción de conciencia como el derecho de toda persona a ser eximida del cumplimiento de un deber de carácter legal (jurídico, administrativo, judicial o contractual) que le impone acciones u omisiones que son contrarias con sus más hondas convicciones éticas, morales, religiosas y aun filosóficas (p. 6).

Vemos entonces cómo se juntan los derechos con los deberes y se controvierten dos autonomías dentro de un mismo evento; tal situación nunca debe generar de manera profunda un choque, toda vez que cada una de las partes tiene la manera de hacer valer su autonomía. La norma pone a disposición de ambas las herramientas para hacerlo, en este sentido, no hay contrariedad alguna.

Que Sucede al Respeto de la Eutanasia y el Profesional de la Salud en los Referentes Suiza y Canadá

En Suiza, por ejemplo, la eutanasia es un acto penalizado; sin embargo, existe de manera legal la ayuda al suicidio, siempre y cuando esté sujeta a que se realice por motivos desinteresados. Según el Artículo 115 de la Constitución política suiza, esta aparece como solución me-

diadora entre el castigo absoluto y la represión ciega. Es, en efecto, una forma de compromiso que, aunque criminaliza el suicidio asistido en general, limita la naturaleza punible de la conducta a las acciones egoístas, es decir, cuando del suicidio asistido se obtenga algún beneficio, aunque no lo sea de naturaleza material, pero sí se produzca la satisfacción de necesidades emocionales como el odio, el desprecio o el deseo de venganza.

En comparación con el Estado de Oregón (Estados Unidos), Bélgica y los Países Bajos, en Suiza, el suicidio asistido no requiere necesariamente asistencia médica. El Ministerio Federal de Justicia del país establece que “el suicidio asistido consiste en proporcionar al paciente una sustancia letal que se auto administrará, sin intervención externa, para acabar con su vida” (Office Fédéral de la Justice, 2008). A partir del año 2004, la Academia Suiza de Ciencias Médicas ha podido admitir que un médico que tiene una relación personal con su paciente puede ejercer el suicidio asistido sobre la base de una decisión ética, individualmente y ejerciendo un respeto por la autonomía del paciente (Giraldo, 2021).

En Canadá, por su parte, de acuerdo con el artículo “La eutanasia en Canadá: una historia de advertencia”, escrito por Leiva et al. (2018), varios autores con afiliaciones médicas que estudian el tema del suicidio asistido dan a conocer que hace algún tiempo una crisis importante ocurrió dentro del organismo profesional del suicidio asistido o el EAS (sigla en inglés de Euthanasia and Assisted Suicide). Esta crisis es producto de la inconformidad o la poca empatía por parte del cuerpo médico ya que la mayor parte de los profesionales, no se sienten en confianza con esta práctica. Esto puede ser debido a la poca experiencia que existía con la eutanasia y la disposición fue limitada por médicos que apoyaron la idea de finalizar la agonía de un paciente con pronóstico terminal (Leiva et al., 2018).

En los últimos tiempos, el incremento de pacientes con pronóstico terminal que deciden tomar la opción de finalizar con su vida se eleva a un 46,8% en Canadá, generando una alarma en el segundo semestre del año donde la ley de la eutanasia asistida fue aprobada (Health Ca-

nada, 2017). Esto, en comparación con países donde es permitida la muerte asistida como Bélgica, por ejemplo, donde estas cifras no llegaron a existir ni siquiera tras concurrir 8 años de aprobación (Murphy, 2017a).

Sin embargo, durante el primer año de aprobación de la Ley en Canadá, son muchos los médicos que deciden seguir apoyando la eutanasia asistida y esta oferta de personal es vista de manera preocupante sobre el resto de la población de médicos que no están a favor de la eutanasia y que, comparativamente con los médicos que sí decidieron practicar la eutanasia, son superados numerosamente y esto, en consecuencia con que las grandes familias y personas adineradas e influyentes en Canadá no están de acuerdo con esta nueva práctica (Murphy, 2017b).

En el Código Penal de Canadá no existía anteriormente una reglamentación obligatoria donde se vean forzados los médicos a practicar el suicidio asistido beneficiando en medida a aquellos médicos que no están de acuerdo con el código y que no están dispuestos a promover o colaborar con el homicidio o suicidio (Canadá. Criminal Code, 2016). Pero, si se dictamina desde el organismo médico más importante de Canadá que los médicos que no están dispuestos a administrar personalmente el suicidio asistido, por lo menos, deben remitir a sus pacientes con médicos y colegas que apoyen directamente el derecho a la muerte voluntaria (College of Physicians and Surgeons of Ontario, 2017).

Existen situaciones donde una población minoritaria, que toma la opción de no colaborar con el suicidio asistido, se niegan igualmente de manera rotunda a que los organismos médicos sugieran tal intención de redireccionar los casos; acerca de esto, los médicos manifiestan que, al contribuir con este proceso de redireccionar un caso de suicidio asistido con otro colega, se está apoyando directamente aquello de lo que no quieren ser partícipes, justificando su decisión en una afectación moral en el personal médico y, a la vez, por no ser permitida por la sentencia Carter (Leiva et al., 2018). Estos médicos pueden llegar a ser judicializados por apoyar un delito penal que in-

clusivo puede sentenciarle a la pena de muerte por asesinato de sus pacientes y que ahora asumen múltiples sanciones al punto de negarles el permiso a ejercer su profesión médica.

La legalización del suicidio llega a ser un hecho gracias a la participación activa del personal médico frente a esta disputa, redefiniendo en gran medida la sistematización y la práctica del suicidio asistido como un acto que responsabiliza directamente al médico. Esta propuesta fue planteada frente a los legisladores de Quebec de la escuela de médicos de esta ciudad. En la propuesta, lo médicos manifiestan la preocupación de sus pacientes contemplando la posibilidad de finalizar su sufrimiento con la terminación de sus vidas, legitimando este acto como un procedimiento médico donde solamente el personal médico o los activos que participen en esta labor asumen completamente la responsabilidad y la carga moral que representa matar a un paciente (Leiva et al., 2018).

Tras la apelación por parte de la Escuela de Médicos, se logra aprobar en Quebec una ley que restringe las aprobaciones emitidas por cada médico individualizado. Esta ley cubre tanto a médicos dispuestos a practicar y promover la eutanasia, así como a los médicos que no estén dispuestos a apoyar ni practicar este procedimiento. La ley sostiene que el suicidio asistido y la eutanasia deberán estar siempre sujetos a un veredicto emitido por un profesional de la salud donde la muerte sea la única respuesta para mitigar el sufrimiento de las personas con enfermedades incurables.

Para ser independientes, ni el médico ni el enfermero que prestan la ayuda médica para morir, ni los que la emiten el veredicto de aprobación pueden: (a) estar en relación comercial entre sí, ni tener una dependencia jerárquica; (b) saber o creer que figuran como en el testamento de la persona que solicita la ayuda o, de cualquiera otra manera, ser receptores de un beneficio material, financiero o de otra naturaleza resultante de dicha muerte, fuera de la compensación normal por sus servicios relativos a la solicitud; (c) saber o creer que está conectado con el otro profesional médico o con la persona que formula la solicitud de cualquier manera que pudiera afectar su ob-

jetividad (Asociación Federal Derecho a Morir Dignamente [DMD]. , 2016, p. 6).

Si bien, indiscutiblemente, para la práctica de la ayuda médica para morir (AMM), el médico, enfermero o farmacéutico, debe cumplir con una pauta mínima de acercamiento o familiaridad con la persona que apele a su decisión de muerte voluntaria –esto quiere decir que no deberán existir lazos de consanguinidad o incentivos económicos entre los practicantes–, es importante resaltar un posicionamiento ético frente a dicho acto desde el personal que practica este servicio, en virtud de su voluntad, sea a favor o en contra.

Así pues, encontramos el Código de ética médica de Núremberg de 1947 que dictamina que el personal público, en función del desempeño de su oficio, debe ejercer un juicio de valor frente a situaciones que expongan su salud mental y lo que considera como apropiado o inapropiado para la persona que esté a su cargo. Será necesario entonces imputar considerablemente una responsabilidad sobre el Código Penal que legitima la AMM, estrictamente en el margen de un control ético atribuido por el personal especializado para dicha práctica; este, dentro de sus facultades normativas y morales, debe contemplar la admisibilidad de socorrer la decisión de suicidio frente a un paciente con aprobativo para proceder (Kraus, 2015).

Con lo anterior, se puede apreciar que, en los países de Suiza y Canadá, donde es legal el suicidio asistido, hay un proceso en el que ocurre que la voluntad (autonomía) del personal médico aparece en la medida en que se da un lugar al conflicto personal y moral que se genera en el personal médico como contraparte del caso. Es decir, es una situación en la que, para llegar a los términos actuales en las decisiones de acompañamiento para el suicidio asistido, es necesario dar una escucha al personal médico como persona, antes que, como profesional, y, seguidamente, tomar una determinación para sus prácticas de acompañamiento en esta decisión.

En lo encontrado, se explica que hay un abordaje del problema desde el derecho fundamental, respetando así, la ética médica y los deseos

del paciente. La determinación última es la simple necesidad de no obligar al médico a practicar el procedimiento de la eutanasia, o de obligar al paciente a vivir cuando no esté dispuesto o no pueda hacerlo debido a alguna condición que le impida continuar su vida en sociedad, sino que, más bien la voluntad del personal médico debe combinarse con la necesidad de realizar una vigilancia óptima, en el sentido de la bioética y la naturaleza humana. Esta controvertida decisión debe hacerse desde el respeto y la calidad profesional médica, pero, sobre todo, desde la voluntad de acompañar y acoger a los pacientes que han tomado la determinación de marcharse.

Revisión de la Posible Contraposición entre los Principios de Muerte Digna y los Principios de la Lex Artis en la Práctica Médica.

El siguiente apartado ahonda en los conceptos asociados con la dignidad y autonomía del paciente, en tanto este considere oportuno que tomar la decisión de aplicarla represente en sí un beneficio, por lo que se aborda el interés del paciente en función de desvelar por qué es necesario; interpretación que puede ser valorada desde una perspectiva ética y jurídica, respetando la decisión y voluntad del paciente en un contexto que lo aprueba o limita.

Dignidad y Autonomía del Paciente

Hernández (2015) indica que “...la dignidad humana es presupuesto esencial de todo ser humano, que le permite razonar sobre lo que es correcto o no, pero también es indispensable para el goce del derecho a la vida” (p. 1) y no es exclusiva del sujeto pasivo; dentro de la atención en salud, hace parte de todos los individuos. Al respecto de este concepto; Rincón y Carvajal (2018) hacen énfasis en el proceso de despenalización de la eutanasia en Colombia, por principios basados en la dignidad humana con relación al derecho a decidir.

Estos autores resaltan que la Corte Constitucional basó su decisión en los principios constitucionales de dignidad humana, respeto por la autonomía y solidaridad (Rincón y Carvajal, 2018 p.137). Así entonces, la decisión tomada por el máximo tribunal le da un alto reconocimiento y valor a la dignidad humana, ya que pasa a ser determinante y garante en la definición de un derecho fundamental como lo es la muerte digna.

Al abordar estos conceptos es oportuno mencionar que términos como la eutanasia, la muerte por piedad, la asistencia al suicidio, entre otros, han sido acuñados para hacer referencia al derecho a morir dignamente (DMD en adelante) (Ávila, 2018). Esta deriva de derechos fundamentales como el desarrollo de la personalidad, como indica Nieto (2010), al expresar que este derecho “está fundado en la potestad del individuo para tomar decisiones autónomas y racionales” (p. 8), y, en consecuencia, coerce la dignidad humana, entendida esta última como “la capacidad de los individuos para determinar su vida y la manera en la que esta habrá de llevarse a cabo de manera autónoma” (Ávila, 2018, p. 8).

Entonces, en ausencia de esta autonomía, definida a través de la dignidad humana, del DMD y a partir del desarrollo de la personalidad, se configura un marco de violaciones al reconocimiento de los derechos del paciente, así como también una violación de su integridad, la cual, desde la perspectiva especial del DMD representa, *per se*, la capacidad de optar por el uso de la eutanasia.

Es pertinente destacar que, no ha de haber contravía con lo consignado en los códigos éticos de medicina, en tanto que, como expone Nieto (2010), la práctica de la eutanasia se hace efectiva toda vez que, desde esta, se garanticen principios básicos de eficacia, dignidad, voluntad y respeto. Lo que implica que dentro del tratamiento de la muerte, como parte de una vida digna, las entidades prestadoras de salud o el cuerpo médico no den lugar a las dilataciones donde se aferran a las ausencias teóricas que existen y han existido de manera legal para el procedimiento de la eutanasia, por lo que, a largo plazo, se hace evidente la necesidad de construir y mejorar jurisprudencialmente el

ejercicio de la eutanasia para el paciente basado en el cuidado preciso de su dignidad y autonomía.

Alrededor del tema, Mendoza y Herrera (2016) afirman que entender la eutanasia como una alternativa válida de muerte digna es aceptar de manera directa la pluralidad y la autonomía del paciente, entendiendo que existen diferentes formas bajo la concepción individual de morir dignamente, y si la eutanasia es una, esta decisión debe ser avalada solo en función de la decisión del paciente. Lo que presupone que, si el paciente es único y autónomo para decidir sobre su vida, al exigir la eutanasia bajo los lineamientos establecidos en la jurisprudencia, esto anula casi totalmente la autonomía del profesional de la salud sobre el particular.

La autonomía de los pacientes es importante y debe ser respetada, pero, al mismo tiempo, hay que plantear si es propio hacer lo que sea necesario para cumplirla. La simple razón de que un acto sea autónomo y quizá necesario para dignificar a un puñado de personas que solicitan la eutanasia no determina, *per se*, que este sea correcto, se adecúe a la ética de los profesionales que tienen que ejecutarla y sea exonerada del cualquier juicio.

En referencia se puede aportar la postura de la Asociación Médica Mundial (AMM), expresado así por Delgado (2017):

La eutanasia como acto de dar fin a la vida, así se lleve a cabo de manera voluntaria, va en contra de los principios éticos de la función que cumplen los médicos. Establece que la acción médica debe permanecer imparcial, dedicando sus conocimientos a la función principal que es la de velar por la salud y la vida de sus pacientes (p.231).

Finalmente, la ruta abordada vislumbra una realidad en la cual la realización de la eutanasia, o el cumplimiento del DMD, se configura, o bien se debe configurar, en función de satisfacer, además de una necesidad inminente del paciente, un marco ético de todo el contexto que abarca la dignidad humana, dentro de la normativa de atención en salud, entendiendo que ésta va más allá y comprende apartes como la libre personalidad; así como también el desarrollo de parámetros de vida digna, bajo los preceptos legislativos que los representan.

Lo anterior representa que la atención que se brinde durante todo el proceso de muerte digna debe enfocarse, no solo en el logro del fin último de la muerte, sino de un todo, una integralidad durante ese trasegar, se trata de múltiples componentes: de tener en cuenta algo más que lo meramente físico, es también lo espiritual, es el acompañamiento del paciente y su familia, es escuchar lo que quiere expresar, entender lo que desea recibir y cómo lo quiere recibir, es brindar información veraz, congruente, respetuosa, bajo todas las características de calidad definidas dentro de sistema de salud.

De la Ética Médica y sus Principios al Interior de la Práctica de la Eutanasia

Entender el concepto de la ética médica es saber que esta siempre será una evaluación jurídico-profesional en el área de la salud, que cuenta con criterios éticos especiales dispuesto desde la idea hipocrática de la vocación del servicio por la salud y el juramento adquirido como profesional en Colombia. En consecuencia, una influencia negativa en la sociedad representa un riesgo que debe ser controlado y prohibido, dado que el proceder de la medicina es el cuidado de la salud; ya que la perversión o transformación de dicho concepto ideológico profesional atenta con la vida de la sociedad.

Como lo manifiesta Peña (2012), las políticas regulatorias pueden intervenir en la definición acreditadora de los profesionales, fijar control de precios para los bienes y servicios, estipular criterios de calidad, seguridad y eficacia para los servicios de la salud y tratar cuestiones de regulación social, tales como las concernientes con la seguridad social y ocupacional.

Con la despenalización de la eutanasia en Colombia mediante la Sentencia C-239 de 1997, la Corte Constitucional deja en un limbo ético el actuar de los galenos, mientras ejecutan un acto que parece totalmente contrario a su razón profesional de existir. Si bien cuentan con la posibilidad de objeción de conciencia, esta herramienta aparta a unos tantos de una problemática que acosa a todo un gremio.

Es comprensible que la práctica de la eutanasia, como un deber del Estado, proteja al sujeto pasivo (paciente), salvaguardándole sus derechos fundamentales, pero, ¿qué pasa con los principios éticos contemplados en una ley que rige el actuar médico y que existe desde mucho antes que se configurara jurídicamente la eutanasia? Lo anterior, comprendiendo que los lineamientos actuales de eutanasia en este país dejan una responsabilidad mutua tanto del paciente, como del médico

Así pues, se puede entrar a contextualizar la controversia que existe acerca de la eutanasia en Colombia y sus puntos de vista sobre la moral y la ética, el cual fue reavivado a partir de la Sentencia T-970 de 2014. Dentro de este, resulta interesante evidenciar que las posturas alrededor se dividen e interfieren en la práctica médica. De un lado, este tema es inaceptable en virtud de la fe, pero de otro, se entiende que Colombia es una sociedad plural y multicultural donde deben darse argumentos basados de forma racional en lo filosófico y ético, generando un contexto de respeto.

Merchán (2008) sostiene que las opiniones éticas de los médicos se encuentran divididas, puesto que, para algunos expertos en ética médica la sentencia era innecesaria y el tema debió dejarse en el ámbito privado de la relación médico-paciente; de otra parte, se considera que los médicos tienen el deber de preservar la vida, por lo que aceptar la eutanasia sería una falta grave a la ética profesional.

En cuanto a la dimensión ética del profesional médico, Merchán (2008) expone en su artículo los argumentos por los cuales el médico está jurídica y éticamente impedido para matar a sus pacientes. Entre otras razones, los médicos no matan a sus pacientes porque “matar” no es un acto médico terapéutico. No restablece la salud y tampoco preserva la vida. Si el Estado quiere la eutanasia y el suicidio asistido, no hay ninguna razón constitucional que impida realizar el acto eutanásico a los familiares de los pacientes enfermos. Son ellos, y no el médico, quienes deben responder ante la sociedad y ante sus propias conciencias por dicho acto.

Las discusiones sobre la eutanasia se hacen visibles en relación con la ética, la política y el derecho, lo cual refleja un cambio en los frentes culturales, sociales y jurídicos experimentados en Colombia desde la aplicación de la Constitución Política de 1991. Gaviria (1999) comenta que, bajo el contexto constitucional, los ciudadanos están llamados a asumirse plenamente como sujetos libres, responsables de sus propias vidas, en un nuevo contexto de participación ciudadana y construcción de país. De lo anterior, se infiere que la vida del ciudadano está bajo su responsabilidad y su propia decisión moral respecto al tema en cuestión.

Para adentrarse en el entendimiento de la dignidad humana del paciente y del cuerpo médico como presupuesto esencial de todo ser humano, resulta trascendental que los procedimientos tengan en cuenta una gestión ágil y humanizada para los casos en los que los pacientes guardan la convicción de no continuar con su vida entendiendo que esto genera únicamente un sufrimiento dilatado. Por otra parte, en el caso del cuerpo médico, el hecho de asistir a una acción de eutanasia sin querer, bajo un estado que emocionalmente le hace daño, o con temores por el desconocimiento sobre la legislación o sobre el procedimiento como tal, significa para él y para el paciente un procedimiento que no es llevado en buenos términos, que puede representar una separación de la ética y buen trato que requiere la relación médico-paciente.

Con lo anterior, es imperante destacar la figura del médico desde su ética profesional y las limitantes que existen frente al paciente, puesto que, desde la práctica terapéutica del médico, su objetivo primario recae en la protección y cuidado de la vida, mas no en la muerte, por lo que el profesional médico puede considerar, desde su ética y moral, rechazar su intervención. Esto resulta evidente a la luz de la Ley 23 de 1981 que, en su Artículo 1 dispone: el ejercicio de la medicina corresponde a la actividad de cuidar la salud del hombre, por lo que, se propende la prevención de enfermedades, con el objeto de brindar una calidad de vida en el sujeto lo que ayude a la vida en colectivo de manera saludable, sin distingos de tipos social, político, racial o

religioso; es pues la atención del médico una actividad humanística (Colombia. Congreso de la República, 1981).

En consecuencia, indagar sobre el fenómeno que poco a poco es aceptado y debatido desde una mirada contemporánea sobre la dignidad y calidad de vida, la apropiación del fenómeno por cuenta de las entidades prestadoras de salud y a las leyes que se van forjando sobre la ejecución de la eutanasia, es menester tener en cuenta todas estas disposiciones que permitan mirar su accionar bajo la sencillez de ver la muerte como parte de la vida, en donde el médico entra a dar la última posibilidad para que el paciente pueda ejercer su decisión de dignificarla a través de un trato delicado, que no amenaza ni daña los principios éticos de la única profesión, que está autorizada para ejercer tal labor en este país. Es posible llegar a esa comprensión que todo hace parte del entramado de la vida misma y no de un asesinato, por las intenciones piadosas que involucra el acto de terminar con el sufrimiento causado por la enfermedad, atendiendo la necesidad de quien pide ayuda.

Conclusiones

En primera instancia, al revisar los mecanismos jurídicos, éticos y socioculturales que sobre la regulación de la eutanasia en Colombia determinan la conveniencia en la elección del tipo de eutanasia a legalizar en el país, se tiene que, la aprobación y legalización del derecho a morir dignamente en Colombia ha sido un proceso lento de evolución política, ética y cultural.

La Corte Constitucional se dio la batalla de realizar un trabajo muy intelectual en cada una de las sentencias que dieron origen a la legalización de la eutanasia. Se basaron para ello en un análisis jurídico con orientación filosófica sobre cada uno de los conceptos de dignidad humana, el valor de la vida, muerte digna, autonomía del paciente, principio de solidaridad, entre otros; enfocados hacia el logro de la despenalización del homicidio por piedad y a dar sostenibilidad en el tiempo a que se cumpla todo lo ordenado, lo que ha sido una tarea

ardua, respetable, llevada de una forma muy delicada hacia la necesidad del sujeto pasivo (paciente).

Dentro de todo el trasegar jurídico ya mencionado, no se encuentra evidente la participación del gremio médico en la escogencia del método a utilizar para dar cumplimiento al derecho a la muerte digna, aun siendo estos los ejecutores directos del acto. No hay el más mínimo atisbo de que se tuviera en cuenta investigaciones o revisiones de literatura científica o el comportamiento de otros países más avanzados en el tema, donde se ha aprobado otro método menos comprometedor para la ética médica, donde no se requiere un ejecutor directo del acto, tal como sucede en el suicidio asistido; con lo que se puede colegir que el alto estamento constitucional simplemente consideró que los médicos eran los adecuados para ello y estaban preparados para asumirlo y hacerlo.

En cuanto a interpretar el valor que se le otorga a la voluntad del profesional médico en Colombia, como actor directo, dentro de la práctica de la eutanasia, tomando como punto de referencia los países de Suiza y Canadá donde es legal el suicidio asistido, se puede inferir que, en Colombia, los cambios sociales y la ética médica moderna, así como el renacimiento de los derechos de los individuos –en este caso particular de los pacientes– ha elevado a un alto nivel de importancia su autonomía y la posibilidad de decidir sobre qué quieren aceptar o no durante la prestación de los servicios de salud; al punto que en un tema tan renombrado como lo es la eutanasia, la voluntad del paciente prima sobre cualquier otra voluntad, siempre y cuando el paciente cumpla con los requisitos de ley para hacerla cumplir.

De esta manera, la autonomía médica no va más allá de la permitida dentro de su labor netamente científica y clínica. Es de aclarar que dentro de lo que puede denominarse ser autónomo en el quehacer médico, interfiere no solo la decisión del paciente, sino que se suma las disposiciones contractuales, los lineamientos internos propios de cada institución prestadora de salud y las normativas gubernamentales en salud.

La objeción de conciencia es la herramienta legal que, dentro del sistema de salud colombiano, les permite a los médicos hacer valer su autonomía cuando toman la decisión de no participar en la práctica de la eutanasia. Se entiende entonces que, en este escenario, donde se juntan los derechos y la autonomía del paciente con los deberes y la autonomía del médico, no debe crearse controversia, ya que el médico cuenta con el instrumento jurídico apropiado para apartarse del procedimiento.

En relación con las experiencias de eutanasia en los países de referencia se puede señalar que, en Canadá, no existe una reglamentación obligatoria donde se vean forzados los médicos a practicar el suicidio asistido beneficiando en medida a aquellos médicos que no están de acuerdo con el código y que no están dispuestos a promover o colaborar con el homicidio o suicidio asistido. Pero sí se dictamina desde el organismo médico más importante de Canadá que los médicos que no están dispuestos a administrar personalmente el suicidio asistido, por lo menos, deben remitir a sus pacientes con médicos y colegas que apoyen directamente el derecho a la muerte voluntaria. De esta manera es tenida en cuenta la autonomía del cuerpo médico, sin que el procedimiento sea interrumpido sino, más bien, respaldado desde la gestión humana y donde ambos –pacientes y cuerpo médico– no sean vulnerados.

El panorama penal en Canadá no parece estar mejor definido para los médicos, comparativamente con lo que ocurre en Colombia, lo que ha derivado en que en algunas poblaciones los médicos se apartan de dar conceptos de aprobación del suicidio asistido por temor a entrar en desacato del código penal y ser condenados por homicidio.

En Suiza y Canadá, donde la eutanasia se configura a través del suicidio asistido, la voluntad (autonomía) del personal médico es tenida en cuenta siempre que se suscite un conflicto personal y moral que aparte al médico de su capacidad para hacer el acompañamiento al paciente, se respeta tanto la ética médica como los deseos del paciente, significa esto que no se retrasa el procedimiento para el paciente, ni se obliga de manera alguna al médico a tomar participación

Al revisar si los conceptos de dignidad y autonomía del paciente relacionados con la eutanasia están en contravía con los principios éticos establecidos dentro del ejercicio de la medicina en Colombia, se llega a la apreciación que: la Ley 23 de 1981, sobre los principios éticos establecidos para la práctica de la medicina no está en contracorriente de lo que disponen estos dos conceptos, ya que ambos salvaguardan una relación de protección a la vida del paciente, entendiendo la muerte digna como parte de ella, que es lo que la medicina busca cuidar y defender (Colombia. Congreso de la República, 1981).

Se encuentra además que ha habido avances legales importantes en Colombia que han nacido de poner en acción la eutanasia, pero, sobre todo, nace y se desarrolla en el ejercicio de proteger los derechos humanos fundamentales, donde el paciente coloca su voz en alto y las altas instancias judiciales responden dando luz a las demandas instauradas.

Aquellas disputas han provocado, poco a poco, que se obligue a lo necesario para el logro, no solo de legalizar la práctica, sino también de estructurar los protocolos y procedimientos de la eutanasia, con lo que aparece otra mirada hacia la necesidad de morir dignamente y cómo ello está directamente relacionado con los derechos humanos protegidos desde el hacer del médico, llegando así a la plena conclusión que tanto en procurar la buena vida, como la buena muerte, se está brindado la cura, es decir, se está caminando en el mismo propósito y deber que sustenta el existir de los médicos.

La muerte digna es un derecho fundamental que, aunque complejo, goza de todas las garantías y atributos constitucionales de esa categoría, como lo dispone así la Corte Constitucional. Por ende, ir en contra de ello es atentar contra la voluntad y adentrarse en el campo del trato inhumano para con el otro que se encuentra en un estado vulnerable y solicita una ayuda determinada; el no hacerlo es la anulación de su dignidad y autonomía como ser de una sociedad.

Finalmente, el panorama general respecto de la relación entre médico y paciente se entiende como aquella en donde debe preservarse desde la comunicación y el trato humano dispuesto en los códigos de

ética médica, hasta el cuidado de la voluntad del paciente en uso pleno de sus facultades, especialmente, tratándose de la práctica de la eutanasia

Entonces, ante el cuestionamiento de esta investigación ¿De qué manera es posible mantener el constructo histórico de la medicina como arte de curar dentro del contexto actual del derecho a morir dignamente, mediante la aplicación de la eutanasia a pacientes que lo solicitan?

Se puede responder que es posible mantenerlo aún se presenten cambios legales en los lineamientos de atención que atañen al ejercicio médico, que parezca que atentan contra su ética y autonomía, siempre y cuando el gremio médico continúe apegado a la *lex artis*, preparándose en el conocimiento de los protocolos y guías de manejo de su correspondencia, de tal forma que las atenciones sean acertadas y pertinentes.

Brindado por encima de cualquier circunstancia jurídica, cultural, social y política de la contemporaneidad una atención respetuosa, humanizada, dentro de los altos estándares de la moral y la ética, apartándose respetuosamente de aquellas situaciones en las que no se esté de acuerdo, sin dañar y sin limitar la accesibilidad de los pacientes a los servicios que requieren.

Asimismo, hay que exigir a las entidades prestadoras de salud instalaciones con toda la infraestructura, la tecnología y talento humano idóneo para la nueva realidad de la atención en salud que se amerite según el nivel de complejidad; mejorando la capacidad resolutive, la efectividad en los procesos y el cumplimiento de las características de calidad establecidas en el sistema obligatorio de garantía de calidad en salud instituidas en la norma.

Todo lo descrito, significa que mantener el constructo histórico de la medicina como arte de curar es posible, siendo un reto y una responsabilidad propia del gremio. Queda entonces una labor pendiente por apropiarse frente a un proyecto de ley estatutaria de Eutanasia a puertas de ser aprobada en Colombia.

Bibliografía

- Andraca, R. Ochoa, M. Delgado, et al. (2008). La voluntad anticipada. Un dilema ético sustentado en una Ley vigente. *Medicina Interna de México*, 24, 353-356.
- Aparicio A. (2004). En torno al principio de la dignidad humana. *Cuadernos de Bioética*, (2), 257-282.
- Aristizabal, F. (2015). Eutanasia hoy: precisiones y dudas. *Cultura del ciudadano enfermería*, (12), 1, 83-91. <https://n9.cl/xcbrar>
- Arrubla, C. M. M. (1989). Ley 23 de febrero 18 de 1981: Normas sobre ética médica. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, (85), 105-112.
- Ávila, E. F. O. (2018). Derecho a morir dignamente desde la perspectiva del derecho disciplinario en Colombia. *Diálogos de saberes*, (49), 43-67.
- Caesar M. (2008). Euthanasia in legal limbo in Colombia. *The Lancet*, (1).
- College of Physicians and Surgeons of Ontario. (2017). *Medical Assistance in Dying*.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-239/97, 20 de mayo. (M.P. Carlos Gaviria Díaz).
- Colombia. Ministerio de Salud. (2015). Protocolo para la aplicación del procedimiento de eutanasia en Colombia. <https://n9.cl/ph2enp>.
- Colombia. Ministerio de Salud. (Sf). abecé sobre la reglamentación del derecho a morir dignamente. <https://n9.cl/nz8jm>.
- Colombia. Presidencia de la República. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Presidencia de la República.
- Comité del Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública (CESOP) (2007). *Eutanasia*.

- Delgado, E. (2017). Eutanasia en Colombia: una mirada hacia la nueva legislación. *En Justicia*, 31, 226-239.
- Díaz Amado, E. (2017). Dossier monográfico XIII congreso mundial IAB. La despenalización de la eutanasia en Colombia: contexto, bases y críticas. *Revista de Bioética y Derecho* (20), 125-140.
- Asociación Federal Derecho a Morir Dignamente [DMD]. (2016). Dossier sobre la eutanasia. Traducción Ley de C-41 de Canadá. <https://n9.cl/cx9ln>.
- Gaviria, C. (1999). “Fundamentos ético-jurídicos para despenalizar el homicidio piadoso consentido”. En: 2° Congreso de Bioética de América Latina y del Caribe 1998. *Memorias*. Bogotá, Cenalbe-Fellaibe, 307-311.
- Giraldo Osorio, L. J. (2021). *Eutanasia y suicidio asistido. Razones constitucionales que justifican la ayuda a morir* (Tesis de doctorado). Universidad Externado, Bogotá. Colombia.
- González-Carbajal PM. (2005). Hipócrates, los juramentos médicos y el médico cubano en el mundo de hoy. Con una breve alusión a Esculapio. Los llamados “consejos de Esculapio”, Galeno y el símbolo de la medicina. *Universidad Virtual de Salud. Bioética y ética médica*.
- Guerra, Y. (2013). Ley, jurisprudencia y eutanasia. Introducción al estudio de la normatividad comparada a la luz del caso colombiano. *Revista Latinoamericana De Bioética*, 13, 70-85.
- Hernández, G. (2015). Jurisprudencia. Corte Constitucional. Despenalización del homicidio por piedad. *La voz del Derecho*. <https://n9.cl/yqm68>
- Hurtado M, (2015) La eutanasia en Colombia desde una perspectiva bioética, *Rev. Méd. Risaralda*, 22 (1), 49-51.
- Kraus, A. (2015). Morir con dignidad: III. El difícil camino: Eutanasia y suicidio asistido. *Nexos: Sociedad, Ciencia, Literatura*, 37, 46-49.

-
- Leiva, R. Cottle, M. Ferrier, C. Rutledge, S. Lau, T. McQuiston, T. Scott, J. (2018). La eutanasia en Canadá: una historia de advertencia. WMA. <https://n9.cl/12fug>.
- Mendoza, J. y Herrera, L. (2016). Reflexiones acerca de la eutanasia en Colombia, *Revista Colombiana de Anestesiología*, 44 (4), 324-329.
- Merchán, J. (2008). La eutanasia no es un acto médico. *Persona y Bioética*, 12, 42-52.
- Montes, S., Leal, A. & Mahecha, J. (2015). Colombia reglamentó la eutanasia. <https://n9.cl/67r2lj>.
- Murphy, S. (2017a). Euthanasia reported in Belgium: statistics compiled from the Commission Fédérale de Contrôle et d'Évaluation de l'Euthanasie Bi-annual Reports. *Protection of Conscience Project*. <https://n9.cl/kobi7>.
- Murphy, S. (2017b). Canada's Summer of Discontent: Euthanasia practitioners warn of nationwide "crisis": Shortage of euthanasia practitioners "a real problem". *Protection of Conscience Project*. <https://n9.cl/nvstj>.
- Neira Fajardo, M., & Castaño Cárdenas, G. A. (2019). *Aplicación de la eutanasia en pacientes terminales frente a la legitimidad y la percepción del entorno social caleño* (Tesis de Maestría). Universidad Santiago de Cali, Cali, Colombia.
- Nieto Laverde, A. (2010). *¿Condenados a vivir? El derecho a la muerte digna en Colombia* (Tesis de grado). Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia.
- Office Fédéral de la Justice, (2008) *Assistance au décès*. <https://n9.cl/6g25i>.
- Pastor L. M. (1993) *El derecho a la vida y eutanasia*. *Cuadernos de Bioética número 16 octubre – diciembre* <http://aebioetica.org/revistas/1993/4/16/32.pdf>.

Proyecto de legislación estatutaria en Colombia (2006). Exposición de motivos. Proyecto de ley estatutaria 100/2006 Senado. Gaceta del Congreso, 317.

Rachels, J. (2006). Introducción a la filosofía moral. Fondo de cultura económica, México, 1-347.

Vanegas, E. (2017). Configuración del campo objetor de conciencia a la eutanasia en Colombia. *Perseitas*, 5, 309-346.

Sistema Sanitario en la Efectividad del Derecho a la Seguridad Social en Salud

Health Care System in the Effectiveness of the Right to Social Security in Health Care

Jorge Luis Restrepo Pimienta

Profesor de carrera

Universidad del Atlántico

Profesor de la Maestría en Derecho Médico

Universidad Santiago de Cali

Correo: jorgerestrepo@mail.uniatlantico.edu.co

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6285-7793>

Resumen

Los complejos sistema sociales son el resultado del estructuralismo funcional internacional permeados por las regulaciones de garantías jurídicas y normativas en el ámbito del modelo y compartimento Estatal, basados en tendencias políticas y directrices de organizaciones de orden mundial, es así que en la consolidación de los factores sociales determinantes en salud los cuales son la circunstancias que previenen los padecimientos, enfermedades y síndromes de la población a través saneamiento básico, agua potable, tóxicos, ambiente sano, pobreza, seguridad alimentaria nutricional, seguridad nacional, equidad y desarrollo sostenibles.

Cita este capítulo / Cite this chapter

Restrepo Pimienta, J. L. (2024). Sistema Sanitario en la Efectividad del Derecho a la Seguridad Social en Salud. En: Marín Ordoñez, J. y Rincón Andreu, G. (ed. científicos). *Retos y Perspectivas del Derecho Médico*. (pp. 121-142). Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali.

Con base en lo anterior se construye el presente documento de carácter científico el cual contienen el derecho sanitario en su composición sistémica, sanidad pública repercusión en la condición de salud, Regímenes sanitarios en relación a la seguridad social en salud y derecho a la salud perspectiva prestacional seguridad social, los cuales muestran la necesidad de fortalecer el aseguramiento prestacional garantía jurídica a partir de la disminución de morbilidad y mortalidad generada por los factores socio-sanitarios que inciden en desarrollo biológico, psíquico y social del colectivo humano.

Palabras clave: Sanitario, salud, seguridad social, derecho, sistema.

Abstract

The complex social systems are the result of international functional structuralism permeated by the regulations of legal and normative guarantees in the field of the State model and compartment, based on political tendencies and guidelines of world order organizations, so that in the consolidation of the factors social determinants in health which are the circumstances that prevent illnesses, diseases and syndromes of the population through basic sanitation, drinking water, toxins, a healthy environment, poverty, nutritional food security, national security, equity and sustainable development.

Based on the foregoing, this scientific document is constructed, which contains the health law in its systemic composition, public health, repercussions on the health condition, health regimes in relation to social security in health and the right to health, benefit perspective. social security, which shows the need to strengthen the provisional insurance legal guarantee from the decrease in morbidity and mortality generated by socio-sanitary factors that affect the biological, psychological and social development of the human collective.

Keywords: Sanitary, health, social security, law, system.

Introducción

El sistema de aseguramiento en salud carece de los elementos básicos que cimientan las prestaciones reglamentadas en el desarrollo de la seguridad social en salud. Esto indica que los factores determinantes del proceso de salud en el control de enfermedades en las que intervienen vectores como: microorganismos, contaminación, tóxicos, inseguridad en el consumo de alimentos, manejo vial, inseguridad nacional, entre otros, no son tomados en cuenta al momento de garantizar derechos prestacionales para una planeación y desarrollo sostenido del sistema de salud, cuyo principal objetivo es la conservación de la vida humana.

Con este capítulo de libro producto de investigación se pretende expresar de manera cualitativa, hermenéutica y documental el conjunto de derechos, componentes y elementos sistémicos que hacen parte de la salud en sus dimensiones jurídicas, sociales y políticas. De esta manera, se detallan las condiciones de ambiente y salud, administración del régimen prestacional de salud, efectividad de los derechos establecidos a partir de la promoción preclínica o cotidiana, antes que los programas institucionales establecidos en los planes obligatorios en salud.

Ahora bien, en este capítulo se ahonda en lo atinente al derecho sanitario, su composición sistémica, descripción de factores y lógicas de estructuración social y política expresa en normas jurídicas de sanidad pública, identificación del compendio normativos de sanidad para el bienestar colectivo de la población y muestra de los regímenes prestacionales y beneficios preestablecidos para fortalecimiento de la vida humana individual y colectiva.

Metodología

El presente capítulo es resultado del proceso de investigación técnico científico, está permeado de rigor, vigor y desarrollo metódico a partir de un enfoque cuantitativo dado que permite un acercamiento

entre sujeto y objeto de estudio, el cual está centra en análisis de elementos determinantes en salud que impactan la efectividad del sistema de aseguramiento en salud desde la perspectiva de la eficacia de derechos y garantías.

En este sentido de ruta metódica se define el tipo de investigación el cual es el hermenéutico documental, haciendo uso de técnicas en las que se utiliza la observación, análisis documental y revisión bibliográfica, ejecutados a partir de instrumentos de investigación en los que se encuentran citas bibliográficas, resumen, mapas de ideas, cuadros sinópticos e infografías acerca de Sistema sanitario en la efectividad del Derecho a la Seguridad Social en Salud.

Derecho Sanitario Composición Sistémica

Es válido expresar que, en el mundo de la historia natural de la enfermedad, suele existir múltiples orígenes determinativos los cuales se constituyen en factores determinantes o antecedentes patológicos, de ellos se puede decir que se encuentran los sociales órdenes social como son la pobreza, desigualdad, limitación al acceso de los servicios públicos domiciliarios, escasez de oportunidades, desempleo, desocupación, violencia, exclusión, racismo, nepotismo, analfabetismo, desintegración e inseguridad nacional (Blanco, 1997) .

En cuanto a los elementos biológicos patógenos se puede expresar que una enfermedad o estado patológico se determinan desde su génesis a partir de virus, hongos, bacterias, parásitos, genéticos, hábitos, estilo de vidas, intoxicaciones, contaminación, tóxicos, consumos de alimentos el mal estado, inseguridad alimentaria y nutricional (Blanco, 1997).

Es de esta manera que el concepto de Derecho a la Salud es la sumatoria del sanitario dentro del esquema de salubridad pública y vigilancia epidemiológica, es entonces en derecho sanitario en la garantía social y jurídica dentro del mundo cultural del Estado en orden los siguientes (vectores, agua, atmósfera, ambientes, fauna, flora, ex-

tensión, comunidad, población, sociedad, hombre e interrelación factores bióticos y abióticos), por tanto ahondar en el tema es el presupuesto de eficiencia, eficacia y universalidad del sistema de seguridad social en salud.

Seguidamente es aplaudible expresar que por otra parte dentro del Derecho a la salud se encuentra el derecho prestacional de bienestar seguridad social en salud en cual tiene por objeto conceder bienes servicios y prestaciones asistenciales, económicas o sociales para atender a las contingencias humanas (enfermedad, vejez, envejecimiento, parto, nacimientos, maternidad, paternidad, deficiencia, lesiones al cuerpo, daños corporales, infancia, adolescencia entre otras)

Ahora bien, para seguir disertando en amplitud e información actualizada en materia de sistema sanitario en menester decir que la explicación dentro de una comprensión socio política de un sistema sanitario se parte del establecimiento de la fórmula del Estado Social de Derecho en la Constitución Política, ello implica un compromiso claro de las autoridades por hacer efectivos los derechos de los seres humanos de carácter social y sanitario como ejes fundamentales de la vida individual y colectiva (Blanco, 1997).

Esto explica que las constituciones sean un catálogo amplio de derechos sociales y haya conferido una especial fuerza jurídica a los tratados de derechos humanos ratificados, entre los cuales se encuentran aquellos relativos a los derechos sociales, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Yamin, 2013).

Es por esta razón que es indispensable abordar desde la Investigación científica en salud pública las incidencias de los elementos socio-político del sistema sanitario salud-enfermedad, para de esta manera dar explicaciones que satisfagan las insuficiencias del sistema de seguridad social en salud en cuanto a cobertura, oportunidad y calidad (Cañón, 2017).

Dentro de este análisis es válido anotar el conocimiento estructural, este derecho a la salud se basa Observación General N°14 aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [CDESC]

(2000) donde se deja ver con claridad que el Estado de Colombia lo ha adoptado de manera precisa en el Artículo 49 de la Constitución Política, planteando “la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud” (Colombia. Presidencia de la República, 1991), de esta manera el derecho a la salud se puede ilustrar así según la ONU:

Figura 1

Derecho a la salud complejidad



Adaptado de “Observación General No. 14 Comité de Derechos económicos, sociales, y culturales” (2000), por J. L. Restrepo 2024

Lo anterior muestra la complejidad que conlleva el derecho a un sistema sanitario que está permeado y construido sobre bases eminentemente sociales (alimentación, nutrición, cultura, diversidad, sociedad, educación, pluralismo, familia, cuidados y seguridad, en lo Político -Estado, modelo, gobernabilidad, gobernanza, políticas públicas, legitimación, legalizada y demás- (Almanza, 1984).

Es así que con este objeto de investigación científica percepción de las incidencias de los elementos socio-político del sistema sanitario salud-enfermedad; la ruta utilizada para lograr los objetivos y al alcanzar el sujeto al objeto de estudio científico se requiere de un ca-

mino apropiado donde exista la configuración válida de elementos y herramienta cognitivas, a partir del genotipo y fenotipo a estudiar en este caso la percepción de un concepto desde la dimensión disciplinar, instrumental, social, política y modular (Almanza, 1984).

En este sentido es pertinente anunciar que las ciencias asistenciales del cuidado humano entre ellas la protección social, seguridad social, previsión social y el desarrollo social se abordan en diferentes ángulos desde perspectivas cognitivas tales como la fenomenología, funcionalismo, naturalismo, positivismo, estructuralismo, organicismo, institucionalismo, constructivismo entre otros, pero en esta ocasión o evento investigativo se hará únicamente desde el estructuralismo, el cual conceptúa es la forma de dilucidar la realidad al elaborar, a través de la razón, una estructura que permitiera dar cuenta de los eventos estudiados, por ende el de este trabajo investigativo es el método de análisis estructural (Arenas, 2014).

En esta oportunidad se tocará el tema de apreciaciones teóricas y prácticas de la protección social en salud y sanitaria desde una óptica estructural en su armazón, en sus labores, instituciones, garantías y derechos sociales en riesgo, diversas formas de concebir el sistema sanitario y sus regímenes, vulneración y peligro dentro de la posición confusa del Estado y los actores y acciones, con el propósito de generar espacios de tensiones y desafíos en cuanto a prestaciones en materia de contingencias humanas asumidas por el modelo ideológico político del Estado y la injerencia de los gobernantes y usuarios en relaciones jurídico administrativo con respecto a la sanidad y salud pública (Almanza, 1984).

Es por consiguiente que dentro de una complejidad de orden jurídico financiero, operativo y sistémico sanitario se requiere un análisis epistémico con posturas de la evolución conceptual, imaginarios sociales, abstracciones colectivas, estilos de vida, ópticas en relación a la gestión de calidad de los servicios de salud y realidades humanas en diferentes entornos de la sociedad colombiana (Blanco, 1997).

En ese sentido, este estudio parte del análisis del Sistema Seguridad Social en Salud, desde la concepción de la salud en relación a un dere-

cho humano, por lo cual la definición del contenido del derecho dada por las instancias internacionales vinculadas al tema y los desarrollos de la normatividad y jurisprudencia, nacional e internacional, también son el marco de análisis para valorar los avances y retrocesos del sistema de salud en Colombia factores, elementos e incidencias en derecho prestacional a la salud.

En efecto, los diversos problemas detectados y ampliamente documentados sobre el acceso a la salud y calidad de la prestación no han encontrado soluciones adecuadas y generan el reclamo frecuente de los usuarios a través de los canales previstos para ello, puesto que desde el diseño inicial, el modelo de salud planteó un sistema de prestación mixta, cuya eficiencia y eficacia estarían garantizadas por un dispositivo de control y vigilancia estatal fuerte, que aseguraría el logro de sus cometidos pero no se analizaron los esquemas de fruncimiento de los sistemas sanitarios y los factores determinantes en salud que son mucho más complejos que la propia atención (Blanco, 1997).

Asimismo, cabe destacar que el Derecho Fundamental a la Salud es una complicación en su contenido dado que de él se desprende el derecho sanitario y el derecho a la seguridad social en salud; en cuanto al derecho sanitario es la regulación de los factores determinantes de condiciones de normalidad de los seres humanos, el cual está compuesto por: seguridad alimentaria y nutricional, seguridad vial, manejo de basuras, saneamiento básico, control de vectores, agua potable, manejo de residuos, higiene, seguridad y salud en trabajado, licencias medicamentos, registro de fórmulas, zoonosis, manejo de cadáveres y cementerios, habilitación de servicios de salud y control y calidad bienes y suministros humanos, es decir salud pública ambiental y epidemiología.

Los anteriores se encuentra en Colombia en la Ley 9 de 1979 Código Sanitario, Ley 10 de 1990 sistema nacional de salud, niveles de atención, tipos de servicios y grados de complejidad, Ley 715 de 2001 sistema de general de participación en salud y en Ley 1122 de 2017 planes de nacionales y territoriales en salud, al igual el concepto de salud pública y Ley 647 de 2001 reglamentación unidades de salud (Blanco, 1997).

En una demarcación lógico biológica y social, es de resaltar que la salud y la enfermedad no son condiciones ni estados nítidamente diferenciados, sino que son parte de un perpetuo y constante, de una ponderación inestable de múltiples factores naturales, sociales, individuales y colectivos (Maya, 2015).

La salud y la enfermedad son conceptos antagónicos, pero a la vez es un proceso fenomenológico de causa efecto que depende de múltiples factores sociales, políticos, biológicos, ambientales, económicos y estatales, es así que vale decir que en cuanto experiencia clínica se valora regularmente la salud de los individuos, apreciando por una parte signos vitales, objetivos que demuestran la presencia de enfermedades, síndromes, daños corporales, accidentes, lesiones, secuelas incapacitantes o de situaciones de riesgo y contingencias diversas, y de otra parte los síntomas y percepciones subjetivas del individuo persona (Franco, 2000).

Es este sentido cabe evaluar y valorar la salud de una población o colectivo, se examinan los registros, historias y epicrisis sobre frecuencia de las enfermedades, sus consecuencias mortales y no mortales como grados de pérdida de la capacidad laboral en estudio de barómetros (deficiencia, discapacidades, minusvalías, invalidez), y presencia de factores de riesgo sociales, ambientales y biológicos. Pero asimismo se averiguan aspectos más subjetivos como salud percibida, restricciones, limitaciones y discriminaciones para ciertas actividades y hábitos de vida de los individuos de la población (Franco, 2000).

La salud puede definirse entonces como una condición fundante de la existencia humana, asociada a la condición de bienestar integral del individuo acompañado de autocuidados para mantener salubridad de carácter permanente, para obtener salud o mantenerla se requiere de elementos, instrumentos o factores de múltiples órdenes los cuales son sociales, económicos, sanitarios, políticos, ambientales genéticos, culturales, educativos y biológicos (Restrepo, 2018).

Luego de explicar la salud es menester decir que la Enfermedad es la carencia de bienestar integral en el individuo, es un estado de disfun-

cionalidad fisiológica, biológica, social, mental, ambiental y cultural, que se ocasiona por los desacuerdos socio-políticos, ingobernabilidad, ausencia de estado y manipulación factores bióticos –protistas, moneras, hongos, animales y vegetales– y abióticos–atmósfera, aires, fuego, agua– (Maya, 2015).

Con el propósito con el que se evalúa la salud y la enfermedad, se desarrollan las intervenciones encaminadas a mejorar la vida de individuos o población. En la atención personalizada mediante acciones públicas, políticas públicas, programas de salud pública programas sanitarios efectivos, tratamientos concretos y consejos individualizados, así mismo, a nivel colectivo, desde los organismos de la administración sanitaria suscitando operaciones de publicación, educación, información y prevención o determinando los recursos necesarios para la atención de los enfermos (Maya, 2015).

Sanidad Pública Repercusión en la Condición de Salud

Si todos los individuos enfermaran y murieran con la misma frecuencia, independientemente del grupo social al que pertenecieran o de sus condiciones de vida concretas, podría considerarse la salud de una población como la simple suma de la salud de sus individuos. Sin embargo, la salud de las personas está claramente determinada por la sociedad en la que viven y por la función social que desempeñan. Se considera que dos aspectos configuran la salud pública como una disciplina de estudio y análisis específico:

En primer lugar, la sociedad como entidad es más que una mera suma de individuos y la salud de las colectividades está determinada en gran medida por la presencia de factores de riesgo relacionados con sus características económicas, sociales y culturales. En segundo lugar, la presencia de factores relacionados con las enfermedades varía con el tiempo y entre distintos grupos sociales, lo que permite realizar comparaciones y analizar vínculos causales (Yamin, 2013).

En tercer lugar, para comprender qué factores determinan la salud de las poblaciones es útil conocer cómo ha evolucionado la salud de la

población humana a través del tiempo, qué diferencias han existido a través de su historia y en qué momentos se han producido los cambios más significativos. De otro lado, analizar las diferencias en salud entre países, zonas geográficas y grupos sociales ayuda a descubrir las causas de estas diferencias (Restrepo, 2012).

Ahora bien, cabe destacar en este sentido que los estudios realizados indican que la salud de la población humana ha dependido en buena medida, de la disponibilidad de alimentos durante la mayor parte de su existencia, y esta última de su capacidad para aprovechar la energía de los convertidores biológicos (animales y plantas) y la energía inanimada, renovable o almacenada en residuos fósiles (Blázquez 2017).

Seguidamente se debe afirmar que la salud de la especie humana ha dependido durante la mayor parte de su existencia de la disponibilidad de alimentos, y esta última de su capacidad para aprovechar la energía de los animales y plantas y la energía inanimada (Restrepo, 2019).

De esta manera la salud pública, como dimensión colectiva de la salud, en su conceptualización incorpora dos términos que reflejan su quehacer, “la salud y lo público”. El concepto de Salud como finalidad social del estado:

La salud es un derecho humano individual y colectivo, es un bien de interés público, producto y proceso de la sociedad civil, dinámico e integral en la que intervienen las relaciones equitativas y sustentables con el entorno ecológico, social, cultural, productivo, científico y tecnológico, es una finalidad social del estado (Blanco, 2015).

Se defiende la salud desde una concepción de derecho individual integrada a los derechos humanos y como un derecho social en un Estado democrático de derecho.

De igual manera es válido precisar que lo “público” no se restringe a los denominados bienes o servicios públicos, que al no ser percibidos como necesidad individual deben ser asumidos por el gobierno o los

Estados, su visión trasciende esto y alcanza los condicionantes externos de la salud y los aspectos colectivos de los sistemas de atención.

Si bien para la intervención de los condicionantes externos la salud pública no cuenta con instrumentos de acción que sean suficientes para modificarlos aisladamente, requiere de la acción de otros sectores, lo que configura una acción intersectorial. La salud pública también se preocupa por aquellos aspectos de la salud individual que son comunes y adquieren un interés colectivo tornándose esenciales para la salud del público (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia SU-225 de 1998).

Regímenes Sanitarios en Relación a la Seguridad Social en Salud

En el contexto de imposición jurídico político es de afirmar que este se relaciona con los factores determinantes dentro de la organización sistémica, en una comprensión de riesgos, contingencias eventuales, daños, perjuicios, alteraciones, anomalías, menoscabos y crecimiento experimentado por la población mundial es fiel reflejo de las mejoras de la salud de la población humana desde una perspectiva histórica y real, ya que depende de la evolución de la natalidad, mortalidad y duración de la vida (Luján, 2010).

Por otra parte, los aumentos bruscos del tamaño de la población humana son el resultado de cambios esenciales en su capacidad para utilizar la energía externa, para ello coexisten los regímenes preventivos sanitarios tales como régimen de saneamiento básico, régimen de seguridad alimentaria y nutricional, régimen seguridad ambiental, seguridad y salud en el trabajo, seguridad vial y régimen de educación en salud, de esta manera se puede decir en materia de derechos y garantías que dentro del accionar y ejecución del sistema sanitario produzcan los derecho emergentes los cuales buscan la salud colectiva estable de poblaciones (Restrepo, 2020).

La sanidad pública está íntimamente relacionada con el desarrollo social. Condiciones económicas (revolución industrial), políticas (revolución francesa), sociales (surgimiento del proletariado) junto con las científicas (aportadas por la epidemiología) se integran en un ente ejecutor y responsable que es el Estado.

En esta directriz cabe destacar que en referencia al poder político sanitario no solo se ha presentado el problema de su definición y las características que lo distinguen de las diversas formas de poder, sino también el de su justificación que es no es otra cosa que legitimidad, legitimación, legalidad, de esta manera la legitimidad es definida como la conformidad del gobierno de un Estado con los valores a los que se refiere el régimen del cual asegura el funcionamiento (siempre de dichos valores jurídicos sean socialmente aceptados).

En este orden la legitimidad está muy cerca al concepto de legalidad, que en este registro amplio (Vargas, 1999) es el conjunto de normas jurídicas que regulan el orden dentro de una sociedad, algunas escritas otras no, eso depende de las distintas sociedades y que tan positivizado este la legalidad en una u otra sociedad. Es así que para profundizar ideas teórico conceptuales la legitimidad tiene que ver con aceptación social, por lo cual le puede decir que ella remite en últimas a los discursos que explican y justifican el ejercicio del poder.

Seguidamente, legitimación es diferencia por esta parte de un consenso o acuerdo social logrado a partir de la comunicación, en donde se concretan, de consuno, los contenidos materiales de justicia. La legitimidad hasta aquí analizada se refiere a la legitimidad en el orden político, mas no a la legitimidad en el ejercicio del poder político, la cual debe mirarse con la óptica del modelo de Estado definido por la Constitución Política.

Figura 2

Legalidad y legitimidad sistema sanitario

TÍTULO	RESUMEN
Ley 9 de 1979	Código sanitario nacional. Por la cual se dictan medidas sanitarias.
Ley 10 de 1990	Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones.
Ley 60 de 1993	“Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias.
Ley 100 de 1993	Por el cual se crea el Sistema de Seguridad Social integral y se dictan otras disposiciones.
Ley 715 de 2001.	Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias.
Ley 1122 de 2007	Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.
Ley 1438 de 2011	Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.
Decreto 614 de 1984	Por el cual se determinan las bases para la organización y administración de Salud Ocupacional en el país.
Decreto 2092 de 1986	“Por el cual se reglamenta parcialmente los Títulos VI y XI de la Ley 09 de 1979, en cuanto a la elaboración, envase o empaque, almacenamiento, transporte y expendio de Medicamentos, Cosméticos y Similares”.
Decreto 1295 de 1994	Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales.
Decreto 1713 de 2002	Por el cual se reglamenta la Ley 142 de 1994, la Ley 632 de 2000 y la Ley 689 de 2001, en relación con la prestación del servicio público de aseo, y el Decreto Ley 2811 de 1974 y la Ley 99 de 1993 en relación con la Gestión Integral de Residuos Sólidos.
Decreto 838 de 2005	por el cual se modifica el Decreto 1713 de 2002 sobre disposición final de residuos sólidos y se dictan otras disposiciones
Decreto 2200 de 2005	Por la cual se reglamenta el servicio farmacéutico y se dictan otras disposiciones
Decreto 3518 de 2006	Por el cual se crea y reglamenta el Sistema de Vigilancia en Salud Pública y se dictan otras disposiciones
Decreto 1011 de 2006	Por el cual se establece el sistema Obligatorio de garantía de la calidad del Sistema General de Seguridad Social
Decreto 3039 de 2007	Por el cual se adopta el plan de salud pública 2007-2010
Resolución 0425 de 2008.	Por la cual se define la metodología para la elaboración, ejecución, seguimiento, evaluación y control del Plan de Salud Territorial, y las acciones que integran el Plan de Salud Pública de Intervenciones Colectivas a cargo de las entidades territoriales.
Resolución 0412 de 2000	Por la cual se establecen las actividades, procedimientos e intervenciones de demanda inducida y obligatorio cumplimiento y se adoptan las normas técnicas y guías de atención para el desarrollo de las acciones de protección específica y detección temprana y la atención de enfermedades de interés en salud pública.

Ley 1145 de 2007	Por medio de la cual se organiza el Sistema Nacional de Discapacidad y se dictan otras disposiciones.
Conpes 109 de 2007	Política Pública Nacional de Primera Infancia “Colombia por la primera infancia”.
Ley 1164 de 2007	Tiene por objeto establecer las disposiciones relacionadas con los procesos de planeación, formación, vigilancia y control del ejercicio, desempeño y ética del Talento Humano del área de la salud mediante la articulación de los diferentes actores que intervienen en estos procesos.
Conpes 3550 de 2008	Lineamientos para la formulación de la política integral de salud ambiental con énfasis en los componentes de calidad de aire, calidad de agua y seguridad química.
Ley 1251 de 2008	Por la cual se dictan normas tendientes a procurar la protección, promoción y defensa de los derechos de los adultos mayores.
Conpes 113 de 2008	Política Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional (PSAN).
Ley 1295 de 2009	Por la cual se reglamenta la atención integral de los niños y las niñas de la primera infancia de los sectores clasificados como 1, 2 y 3 del SISBEN.
Ley 1450 de 2011	Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010 – 2014.
Ley 1523 de 2012	Por la cual se adopta la Política Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones.
Resolución 4505 de 2012	Por la cual se establece el reporte relacionado con el registro de las actividades de Protección Específica, Detección Temprana y la aplicación de las Guías de Atención Integral para las enfermedades de interés en salud pública de obligatorio cumplimiento.
Conpes 140 de 2011	Modificación a Conpes Social 91 del 14 de junio de 2005: Metas y estrategias de Colombia para el logro de los objetivos de desarrollo del milenio – 2015.
Ley 1562 de 2012	Ley de Riesgos Laborales.
Ley 1616 de 2013	Por medio de la cual se expide la ley de salud mental y se dictan otras disposiciones.

Derecho a la Salud Perspectiva Prestacional Seguridad Social

Dentro de este concepto de derecho a la salud prestacional están comprendidos los principios y elementos esenciales que componen el derecho fundamental a la salud tales como accesibilidad, universalidad, equidad, continuidad, oportunidad y prevalencia de derechos que debe enmarcar el servicio de salud, su regulación y protección, frente a esta premisa, se encuentra el Plan Obligatorio de Salud (Jiménez, 2009).

Cabe informar que este plan obedece a un paquete de servicios básicos en áreas de servicios de la salud, prevención de enfermedades y prestaciones económicas, para usuarios del régimen contributivo y subsidiado; dado su limitación, ésta asiente que los recursos económicos del sistema de salud son finitos, incidiendo de manera ostensible el derecho fundamental a la salud sino afectando la continuidad y funcionalidad de su estructura, el cual es categorizado y organizado con base clasificación internacional de enfermedades físicas y mentales y los protocolos de atención e intervención de la Organización Mundial de la Salud [OMS] (Jiménez,2009).

De esta forma también se precisa que en consonancia con los valores, principios y reglas técnicas de la Constitución Política de 1991 concebida bajo un concepto de Estado Social de Derecho, busca fortalecer los servicios de salud, que garantice los derechos de los ciudadanos como instrumento de equidad; bajo el esquema de la seguridad social, el derecho a la salud creado para que las personas vivan sanamente, ofrecida por el Estado a sus nacionales, con el fin de que accedan a los servicios médicos etc.

Dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia, el eje en las políticas públicas en salud es el Plan Obligatorio de Salud, que ésta enmarca como un paquete definido de servicios básicos en las áreas de recuperación en salud, prevención de enfermedades y cubrimiento de ingreso transitorios. Delimitados taxativamente, por tal motivo puede afectar derechos fundamentales vida, dignidad, debido proceso, prevención, libertades, igualdad y acceso.

De acuerdo con la Constitución Política de 1991 el sistema de seguridad social en salud se encuentra en el capítulo II en los derechos sociales, económicos y culturales. Sin embargo, la salud a pesar de no haber sido definida como un derecho fundamental en la Constitución Política de 1991, sí debe ser entendida como tal, gracias a la interpretación jurisprudencial realizada y desarrollada por la Corte Constitucional en varias de sus sentencias, según las cuales el goce de plena salud con repercusiones de factores determinantes en el sentido de Estado de cosas constitucionales.

Sin embargo, desde la implementación de la Ley 100 de 1993, la vulneración a este derecho ha sido reiterativo, por parte de los diferentes actores que hacen parte del Sistema de Seguridad Social en Salud, lo que ha impulsado a los usuarios a defender su derecho mediante la interposición de acciones de tutela, lo que ha generado congestión en los despachos judiciales, enfocados todos a atacar la eficacia con procedimientos quirúrgicos y medicamentos, pero con ausencia de interpretar y analizar las fallas y ausencias en el sistema sanitario ocasionan comúnmente los estados y cuadros patológicos (Colombia. Congreso de la República, 1993).

Haciendo historia jurisprudencial vélgase anunciar que, la Honorable Corte Constitucional tenía como doctrina en la que consideraba que, en principio, el derecho a la salud no es un derecho fundamental, de ahí que la protección tutelar a la salud opera en conexión con el derecho a la vida, luego si hay peligro de que ésta sea afectada cabe la acción de tutela; con este punto de apoyo garantista la prestación del servicio de salud, si se comprende estructural y con base en la causalidad es de afirmar que lo prioritario para atender la población colombiana en identificar los factores determinantes en salud de índole social y biológico que afecta a los humanos individual y colectivamente (Colombia. Congreso de la República, 1993).

Es así que se mantuvo el concepto jurídico de derecho fundamental a la salud en una perspectiva de servicio público prestacional, pero anotando que el carácter preventivo está alejado de cierta manera, una vez dice al respecto la Honorable Corte Constitucional mediante sentencia lo siguiente:

La jurisprudencia de la Corte distingue entre la salud como un servicio público capaz de generar derechos prestacionales y como servicio del cual derivan derechos fundamentales. Así, la prestación de los servicios de salud, como componente de la seguridad social, por su naturaleza prestacional, es un derecho y un servicio público de amplia configuración legal, pues corresponde a la ley definir los sistemas de acceso al sistema de salud, así como el alcance de las prestaciones obligatorias en este campo (Colombia. Constitución Política, Arts. 48 y 49).

La salud no es entonces, en principio, un derecho fundamental, salvo en el caso de los niños, no obstante, lo cual puede adquirir ese carácter en situaciones concretas debidamente analizadas por el juez constitucional, cuando este derecho se encuentre vinculado clara y directamente con la protección de un derecho indudablemente fundamental. Así, el derecho a la salud se torna fundamental cuando se ubica en conexidad con el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal.

En ese orden de ideas, parece claro que la Constitución no consagra para todas las personas un derecho judicialmente exigible a acceder en forma inmediata a cualquier prestación sanitaria ligada con la seguridad social. Sin embargo, ello no significa que no exista un derecho constitucionalmente protegido en este campo, pues la Carta garantiza el derecho irrenunciable a la seguridad social y al acceso a los servicios de salud (Colombia. Constitución Política, Arts. 48 y 49). Una pregunta obvia surge entonces: ¿cuál es el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud en materia de seguridad social? (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia SU-562 de 1999)¹⁷

De acuerdo con este interrogatorio la vida en apreciación de bien jurídico de gran valor axiomático por el Estado, constituye un elemento que se interrelaciona con un conjunto de contingencias que afectan la vida como tal, es por ello de tal manera que se correlaciona con el principio de equidad en materia de seguridad social integral en salud, así las cosas tenemos que el derecho a la salud en un comienzo en cuanto su interpretación y aplicación constitucional en tanto es una prestaciones médico asistencial (Colombia. Congreso de la República, Ley Estatutaria 1751 2015).

Por lo que es necesario fortalecer el sistema sanitario en la efectividad del derecho a la seguridad social en salud en cuanto disminuye la morbilidad y mortalidad existente para hacer atendida por el plan obligatorio en salud contemplado dentro del complejo prestacional.

¹⁷ Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-225 de 1998. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: 20 de mayo de 1998). En otras oportunidades, la Corte ha señalado que ciertos derechos se transmutan en subjetivos y, por lo mismo, en fundamentales. Ver, por ejemplo, sentencia SU-819 de 1999.

El derecho fundamental ha oscilado entre la idea de que se trata de derechos subjetivos de aplicación inmediata y la esencialidad e inalienabilidad del derecho para la persona. El reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía (Colombia. Congreso de la República, Ley 100 1993).

La Ley 100 de 1993 caracteriza el derecho fundamental a la salud como autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo, en segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud y en un tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas (Colombia. Congreso de la República, Ley 100 1993).

También se advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado, dentro del sistema general de seguridad social en salud, la Ley 1751 de 2015 tiene como propósito enmarcado en los siguientes ítems:

1. La definición del derecho fundamental a la salud.
2. La sostenibilidad en el financiamiento del plan Único de Salud.
3. La calidad en términos de acceso, continuidad y progresividad.
4. La eliminación progresiva de las exclusiones hoy vigentes conocidas como Servicios No POS.
5. Los mecanismos para incentivar la corresponsabilidad en el cuidado de la salud de los afiliados al Sistema y lograr mejores resultados en salud.

Para finalizar es necesario integrar el concepto, práctica y realidad del derecho y sistema sanitario a la consolidación del derecho a la salud para que se consiga la efectividad de un derecho prestacional a la seguridad social en salud, partiendo de los elementos de atención sanitaria y primaria en salud, salud colectiva y social con andamiaje político y jurídico para la población colombiana.

Bibliografía

- Arenas Monsalve, G. (2014). *Derecho colombiano a la seguridad social*. Bogotá: Legis.
- Blázquez Agudo, E. (2017). *Derecho de la Seguridad Social, Teoría y Práctica*. Lisboa: Juruá.
- Cañón Ortégón, L. (2017). *Una Visión Integral de la Seguridad Social*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Colombia. Corte Constitucional. Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. 23 de diciembre de 1993. D.O. N.º. 41.148.
- Colombia. Corte Constitucional. Ley 1751 de 2015. Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. 16 de febrero de 2015. D.O. 49.427.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-225 de 1998. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: 20 de mayo de 1998).
- Franco, A. (2000). Acerca de las Políticas Públicas de Salud en el Nuevo Siglo. *Revista de salud pública*, 2 (3), 220-232.
- Jiménez Barbosa, W. (2009). El derecho a la salud. Una búsqueda inacabada para la sociedad colombiana. *Revista Escuela de Administración de Negocios*, núm. 67, 107-120.
- Maya Mejía, J, y Blanco, J. (2015). *Fundamentos de Salud pública*. Tomo I, primera edición. Medellín: Corporación para investigaciones biológicas.
- Restrepo Pimienta, J. (2012). *Dimensión Jurídico Antropológica de la Política Pública en Salud*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Restrepo Pimienta, J. (2019). *Modelo de Estado en la comprensión política-jurídica del sistema de salud*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.

- Restrepo Pimienta, J. (2019). *Práctica Judicial Derecho Fundamental a la Salud*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Restrepo Pimienta, J. (2020). *Construcción del Sistema de Protección Social en Salud dentro del Modelo de Estado*, Barranquilla: Universidad del Atlántico.
- Restrepo Pimienta, J. y Contreras, J. (2018). *Participación comunitaria en el sistema de salud: Un análisis desde el control social de las veedurías ciudadanas*. Barranquilla: Universidad del Atlántico.
- Yamin, A. y Gloppen, S. (2013). *La lucha por los derechos de la salud, ¿puede la justicia ser una herramienta de cambio?* Buenos Aires: siglo veintiuno.
- Yepez, F, et al. (2010). *Luces y sombras de la reforma de la salud en Colombia: Ley 100 de 1993*. Bogotá: Assalud y Universidad del Rosario.

Notas Sobre el Contrato de Medicina Prepagada

Notes on the Prepaid Medicine Contract

Hernando Uribe Vargas
Profesor Maestría en Derecho Médico
Universidad Santiago de Cali
Correo: uribe34@hotmail.com
Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4415-5218>

Resumen

El contrato de medicina prepagada es un negocio jurídico mediante el cual una de las partes presta servicios de salud con mayores estándares de calidad para quienes celebran el convenio. En Colombia, el contrato de medicina prepagada es atípico, pues las partes tienen autonomía para establecer las cláusulas que se van a aplicar según sus necesidades. Esto ha llevado a que en algunos casos se presenten abusos por parte de las entidades que prestan el servicio de medicina prepagada, pues además de ser un contrato atípico es de adhesión. En el escrito presentaré los lineamientos generales del contrato partiendo de los señalados en algunos Decretos expedidos por el Gobierno Nacional y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Palabras clave: Medicina prepagada, servicios de salud, contratos de salud, contrato atípico, contrato de adhesión.

Cita este capítulo / Cite this chapter

Uribe Vargas, H. (2024). Notas Sobre el Contrato de Medicina Prepagada. En: Marín Ordoñez, J. y Rincón Andreu, G. (ed. científicos). *Retos y Perspectivas del Derecho Médico*. (pp. 143-175). Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali.

Abstract

The prepaid medicine contract is a legal business through which one of the parties provides health services with higher quality standards for those who enter into the agreement. In Colombia, the prepaid medicine contract is atypical, since the parties have autonomy to establish the clauses that will be applied according to their needs. This has led to abuses in some cases by the entities that provide the prepaid medicine service, because in addition to being an atypical contract, it is adhesion. In the brief I will present the general guidelines of the contract based on those indicated in some Decrees issued by the National Government and in the jurisprudence of the Constitutional Court.

Keywords: Prepaid medicine, health services, health contract, contract atypical, contract adhesion.

Introducción

El contrato de medicina prepagada surge a partir del desarrollo del contrato de seguro en la modalidad de las “pólizas de hospitalización y cirugía”, el cual tuvo un importante desarrollo en Chile. Desde 1935, el Estado chileno, con el objeto de mantener la salud y la higiene de sus habitantes, decidió tomar medidas para regular lo relativo con el Servicio Nacional de Salud. En 1980, se produce una reforma a la Constitución chilena, y en ella se consagra la posibilidad de que los ciudadanos escojan los servicios de salud que requieren, los cuales serían prestados por instituciones públicas o por entidades privadas autorizadas por el Estado para prestar el servicio público de la salud cumpliendo estrictas reglas consagradas en la ley.

En Colombia, la medicina prepagada llegó en los años 80, gracias al desarrollo administrativo, financiero y de calidad en la prestación de los servicios de salud que se encontraban vigentes en ese momento. Se mostraba como la posibilidad que tenían los ciudadanos para acceder a la salud de una forma ágil y eficiente. Al comienzo, la medicina

prepagada se reguló como un contrato de seguro, teniendo en cuenta las normas del Código de Comercio. Posteriormente, por ser un acuerdo tendiente a la prestación de servicios de salud ingresa como parte de los planes complementarios de salud dentro del Sistema General de Seguridad Social. (Gómez Lora, 2009).

Metodología

La elección de la metodología para la elaboración del capítulo se basó en un enfoque cualitativo, ya que se buscó comprender los orígenes, perspectivas y desarrollo jurisprudencial del contrato de medicina prepagada en Colombia, siendo que el paradigma cualitativo se basa en premisas epistemológicas, ontológicas y metodológicas que se alinean con la comprensión holística de los fenómenos sociales.

Se elaboró una revisión bibliográfica como método principal, respaldada por la consulta de fuentes académicas, investigaciones previas y literatura especializada en el ámbito del contrato de medicina prepagada. La revisión bibliográfica se considera un tipo de investigación no experimental y descriptiva, en el cual se recopila, analiza y sintetiza información relevante proveniente de diversas fuentes bibliográficas, documentos académicos y jurisprudencia.

Para llevar a cabo la esta revisión y recolección bibliográfica fueron utilizadas las siguientes bases de datos académicas: VLex, Notinet, Google Scholar, Legis Xperta; incluyendo como fuentes útiles para la presente investigación aquellas publicaciones académicas, estudios cualitativos y cuantitativos que proporcionan datos y análisis relacionados con el objeto de estudio, focalizado en investigaciones publicadas en los últimos 15 años para garantizar la actualidad de la literatura; así como jurisprudencia de la Corte Constitucional que se centran en la regulación y estructuración del contrato de medicina prepagada en Colombia.

Contrato de medicina prepagada: definición

Para iniciar, es importante conceptualizar la medicina prepagada con el propósito de tener conocimiento sobre qué la integra y luego desarrollar una definición del contrato de medicina prepagada.

El Decreto 1486 de 1994, en su artículo 1 estableció que se entiende la medicina prepagada como:

El sistema organizado y establecido por entidades autorizadas, para la gestión de la atención médica y de la prestación de servicios de salud, ya sea para atender de manera directa o indirecta estos servicios, que se incluyen en un plan de salud preestablecido, mediante el cobro de un precio regularmente acordado (Colombia. Congreso de la República, 1994).

La medicina prepagada forma parte de los denominados Planes Adicionales de Salud (PAS), instituidos en el ordenamiento jurídico colombiano con el fin de brindar a los usuarios del servicio de salud, una atención complementaria a la ofrecida en el marco general de las Empresas Promotoras de Salud (EPS), en el esquema del Plan Obligatorio de Salud (POS). Supone el pago de una protección amplia en salud, pues el usuario tiene la capacidad de acceder de manera voluntaria y para ello contrata los servicios con una entidad de medicina prepagada que ofrece una mayor calidad o cobertura adicional al plan básico entregado por las EPS (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-217 de 2005).

Se constituye como una modalidad complementaria y alternativa en la prestación del servicio de salud y se hace efectiva a través de un contrato entre el usuario y la entidad prestadora del servicio, mediante el cual el usuario se compromete a pagar un precio periódico y la institución, en contraprestación, se compromete a prestar atención médica incluida en un plan de salud preestablecido en el contrato. (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-549 de 2003)

El contrato de medicina prepagada contiene la prestación de una gran cantidad de servicios de salud, que pueden realizarse de manera directa, es decir, por los profesionales de la salud o instituciones vin-

culados con la compañía de medicina prepagada o con profesionales e instituciones adscritas. De la celebración del contrato, surge para la entidad prestadora la obligación de cubrir riesgos relativos a la salud del contratante y de las personas que se establezcan como beneficiarias. Este contrato está intervenido por el Estado, teniendo en cuenta que su objeto es el derecho fundamental a la salud. (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-236 de 2003)

El doctrinante Juan Carlos Galindo (2011a), define el contrato de medicina prepagada como:

Un acuerdo de voluntades entre una empresa de medicina prepagada y un usuario, por medio del cual la primera se obliga a ofrecer una garantía relativa a un preciso y determinado conjunto de servicios de salud –bajo condiciones preconvenidas–, mientras que el segundo se compromete a pagar una suma de dinero (p. 233).

Es decir que, la medicina prepagada se constituye como un conjunto de servicios de salud ofrecido por empresas privadas a un beneficiario o contratante, y se materializa mediante un contrato predispuesto y de adhesión, sujeto al pago de una cotización periódica. (Cabas, 2004).

La Corte Constitucional, en la Sentencia SU-039 de 1998, señala que la medicina prepagada es el resultado del ejercicio del derecho a la libertad económica y a la iniciativa privada dentro del marco de libertad de acción, limitada únicamente, por el bien común, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación, sin condicionamientos para su realización en materia de expedición de permisos previos o requisitos no autorizados legalmente. Así mismo, el alto tribunal señaló que la prestación del servicio público de salud, que, ligado a su condición de actividad económica de interés social, está sujeta a la intervención, vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud.

Normatividad Regulatoria del Contrato de Medicina Prepagada

El artículo 49 de la Constitución Política de Colombia establece que el Estado se compromete con los ciudadanos a garantizarles la prestación y el acceso al servicio de salud y que este es de carácter público y esencial. Por lo dicho, es claro que la regulación del derecho a la salud en la Constitución lleva a que el contrato de medicina prepagada tenga un objeto contractual especial: un derecho fundamental.

Los artículos 17, 18 y 19 del Decreto 808 de 1998 establecen que: Los ciudadanos pueden disfrutar de otros beneficios adicionales para proteger su salud, esto es, con planes adicionales de salud (PAS), entendidos como aquel conjunto de beneficios opcionales y voluntarios, financiados con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria. Como tipos de PAS están contemplados los planes de atención complementaria en salud, los planes de medicina prepagada y las pólizas de salud.

La Corte Constitucional señala la naturaleza jurídica de este contrato:

Sin lugar a dudas y no obstante que su objeto lo constituye la prestación de un servicio público, nada menos que el de salud, este tipo de relación entre dos particulares es de carácter contractual, lo cual supone que a él le son aplicables las normas pertinentes de los códigos Civil y Mercantil colombianos, especialmente aquella que obliga a las partes ligadas por el contrato, a ejecutarlo atendiendo a los postulados de la buena fe (Colombia. Corte Constitucional, sentencia T-290 de 1998).

Características del Contrato de Medicina Prepagada

La Corte Constitucional en diversas sentencias (SU-039 de 1998; T-196 de 2007; T-065 de 2004; T-217 de 2005), ha reiterado que el contrato de medicina prepagada es un contrato de adhesión, en donde las partes se obligan con unas cláusulas y condiciones preestablecidas por una de las partes (aprobados por el Estado) y la otra parte expresa su aceptación y adherencia o decide no aceptar. Julián Cabas, señala que el

contrato de medicina prepagada tiene las siguientes características (Cabas, 2004):

- i. Bilateral, pues surgen obligaciones recíprocas para las partes.
- ii. Oneroso, ya que ambas partes obtienen un beneficio.
- iii. Conmutativo, teniendo en cuenta que cada una de las partes se obliga a dar o hacer una prestación que se mira como equivalente a lo que la otra parte del contrato ejecuta. En este punto es importante resaltar que la estructura de la medicina prepagada surgió como un contrato de seguro, por lo cual, podría pensarse que el contrato es aleatorio y no conmutativo.
- iv. Consensual, pues los efectos del convenio se producen desde el momento en que las partes prestan su consentimiento, es decir, el contrato nace a la vida jurídica una vez las partes se han puesto de acuerdo sobre el objeto y el precio.
- v. De ejecución sucesiva en los términos del Código Civil, pues existe una periodicidad en el cumplimiento de las prestaciones convenidas, no se ejecutan en forma instantánea.

La medicina prepagada es un acuerdo especial con algunos rasgos diferenciadores de otras figuras contractuales, desde el punto de vista de su ejecución y cumplimiento deben resaltarse la buena fe y la identificación de las preexistencias.

Buena fe: Si bien la buena fe es un principio general de todos los contratos, la Sentencia SU-039 de 1998, determina que, “en la medicina prepagada se exige un comportamiento de las partes que permita brindar certeza y seguridad jurídica respecto del cumplimiento de los pactos convenidos y la satisfacción de las prestaciones acordadas” (Colombia. Corte Constitucional, 1998) Sobre este mismo asunto, en sentencia de tutela la Corte Constitucional, indica que:

El acuerdo de voluntades mediante el cual se crea el contrato de medicina prepagada debe fundarse tanto en el principio de buena fe como en la confianza mutua entre contratantes. El acuerdo de voluntades mediante

el cual se crea el contrato de medicina prepagada debe fundarse tanto en el principio de buena fe como en la confianza mutua entre contratantes (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-196 de 2007).

La buena fe es fundamental en la medicina prepagada, teniendo en cuenta de que el objeto contractual es el derecho a la salud, uno de los más importantes derechos fundamentales, reconocidos en nuestra Carta Política y en innumerables constituciones en el mundo, partiendo del hecho de que, si la compañía prestadora del servicio de medicina prepagada no actuará de la manera debida, estaría en riesgo la vida de una de las partes del contrato, puesto que el usuario deja en las manos de la compañía el manejo y cuidado de su salud y de su vida.

Identificación de las preexistencias: antes de la suscripción del contrato, se ha considerado como un derecho de la compañía de medicina prepagada realizar un exhaustivo examen médico al nuevo usuario, con el fin de determinar cuáles son sus enfermedades preexistentes, en qué rango están y si son tratables, con la finalidad de no incluirlas en el contrato o excluirlas de la prestación de servicios futuros.

Las preexistencias en los contratos de salud han sido objeto de múltiples controversias, ya que, en algunos casos las compañías no incluyen el tratamiento de enfermedades congénitas, generando inconformismos dentro de los usuarios, teniendo en cuenta que una persona no sabe si va a sufrir las mismas enfermedades que han padecido familiares o ascendientes. El Artículo 64 de la Ley 100 de 1993 y la Corte Constitucional definen la preexistencia señalando que “es la enfermedad o afección que ya venía aquejando al paciente en el momento de suscribir el contrato (de prestación de servicios de salud), y que, por tanto, no se incluye como objeto de los servicios, es decir, no se encuentra amparada” (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-277 de 1998).

Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia SU-039 de 1998 también agregó que:

Se parte del supuesto de que la compañía prestadora del servicio cubrirá, a partir de su celebración o de la fecha que acuerden las partes, los riesgos relativos a la salud del contratante y de las personas que sean se-

ñaladas por él como beneficiarias “preexistencia” la enfermedad o afección que ya venía aquejando al paciente en el momento de suscribir el contrato, y que, por tanto, no se incluye como objeto de los servicios, es decir, no se encuentra amparada.

En este orden de ideas, es importante señalar que cada compañía prestadora del servicio de medicina prepagada debe determinar los servicios que serán prestados al usuario a partir del momento de la suscripción del contrato, con el fin de que el beneficiario sepa con exactitud cuáles son los servicios a los que tiene derecho. En general las compañías de medicina prepagada incluyen, entre otros, los siguientes servicios: promoción de la salud y prevención de la enfermedad; consulta externa, general y especializada, en medicina diagnóstica y terapéutica; hospitalización; urgencias; cirugías; exámenes diagnósticos y odontología. Estos servicios se prestan en forma directa, a través de profesionales de la salud e instituciones propias o con profesionales e instituciones de salud adscritas.

Modalidades de la prestación de servicios de salud

La prestación de servicios de salud se ha ubicado conceptualmente dentro de alguna de las siguientes posibilidades:

i. Planes de atención complementaria en salud: En el artículo 23 del Decreto 806 de 1998 se establece que:

Son un conjunto de beneficios que comprende actividades, intervenciones y procedimientos no indispensables ni necesarios para el tratamiento de la enfermedad y el mantenimiento o la recuperación de la salud o condiciones de atención inherentes a las actividades, intervenciones y procedimientos incluidas dentro del Plan Obligatorio de Salud”.

ii. Planes de Medicina Prepagada: En el concepto de la Superintendencia Financiera N.º 94037051-1 de agosto 9 de 1994 se dijo que la medicina prepagada es:

Un contrato de prestación de servicios que debe constar por escrito mediante el cual una persona jurídica se compromete para con una

persona natural, generalmente denominada usuario, beneficiario o afiliado a gestionar la atención médica y a la prestación de los servicios de salud y/o para atender o prestar directa o indirectamente estos servicios, mediante el cobro regular de un precio pagado por anticipado por los contratantes.

iii. Pólizas de Salud, este tipo de servicio se caracteriza por ser un:

Contrato de seguro que se hace entre un cliente, llamado tomador del seguro y una Compañía de Seguros, en donde la compañía se compromete a cubrir los gastos médicos en los que se incurran y que estén contratados para lograr el restablecimiento de la salud de los asegurados en la póliza. (Zapata, 2021).

Por ser un contrato de seguro, solo las Compañías de Seguros legalmente autorizadas por la Superintendencia Financiera pueden celebrarlos. Las compañías de seguros ofrecen a sus clientes asegurados, la opción de acceder a los servicios médicos a través de redes especializadas conformadas por clínicas, médicos, laboratorios, entre otros. En general se da la opción de escoger libremente el profesional o la institución médica de su preferencia, aún si estos no pertenecen a la red.

Naturaleza jurídica del contrato de medicina prepagada

El contrato de medicina prepagada es de carácter privado, es por este motivo que se rige por las normas del derecho privado, en especial por aquellas que obligan a las partes de acuerdo con los principios de buena fe y de la autonomía de la voluntad privada. Los contratantes deben cumplir con lo dispuesto en el contrato a través de cláusulas accidentales y no pueden ser obligados a realizar actos que no se hayan estipulado anteriormente (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-1012 de 2005).

El contrato de medicina prepagada se soporta en una relación de naturaleza civil. El contenido de las obligaciones se regula por el derecho

privado, sin embargo, teniendo en cuenta que el objeto del contrato es especial, resulta fundamental garantizar la eficacia del derecho constitucional a la salud y por ello su naturaleza jurídica trasciende el concepto de la autonomía de la voluntad privada y obliga a los jueces a interpretar las cláusulas contractuales teniendo presente que en el acuerdo está presente un derecho fundamental: el derecho a la salud. (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-217 de 2005).

Al involucrar la prestación del servicio de la salud, este negocio jurídico versa sobre un derecho constitucional. Por ello, en cualquier controversia dirimida en la jurisdicción ordinaria, el juez debe resaltar la importancia del derecho a la salud como derecho constitucional. Debe recordarse que dentro de los procesos ordinarios se pueden invocar la violación de derechos fundamentales, pues la jurisdicción ordinaria está llamada a la protección de estos. (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-699 de 2004).

El contrato de medicina prepagada regula el contenido de las prestaciones médico asistenciales que una parte debe prestar y que serán exigibles por la otra. Por esta razón es posible tener determinadas exclusiones a la prestación del servicio sin que se restrinja el contenido del derecho a la salud del usuario. Debe tenerse en cuenta que este contrato se estructura sobre por los postulados de la autonomía privada de la libertad que permite a los particulares tomar libremente la decisión de con qué se quiere contratar, con quien se quiere contratar y en qué condiciones se quiere contratar, siempre y cuando no se violen límites en los que la suspensión de la atención médica objeto del contrato pueda vulnerar los derechos fundamentales de los usuarios (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-660 de 2006).

El objeto del contrato de medicina prepagada es brindar a los usuarios del servicio de salud, una atención complementaria a la ofrecida de manera general por las Empresas Promotoras de Salud, bajo el esquema del Plan Obligatorio de Salud (POS).

Supone el pago de un precio adicional al cotizado obligatoriamente por patrono y empleador en el régimen contributivo del sistema general de seguridad social en salud. Así, el usuario que tiene la capacidad

económica para acceder voluntariamente al pago de una protección mayor en salud, -respecto de sí mismo y su núcleo familiar- contrata de manera privada con una entidad de medicina prepagada para acceder a servicios de salud, que se sugieren como de mayor calidad o cobertura que el plan básico (POS) entregado por las EPS (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-181 de 2004).

En su ejecución están comprometidos, más allá del conmutativo interés convencional y económico, derechos constitucionales fundamentales como la salud, la integridad personal y en especial la vida humana. (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-307 de 1997).

El objeto de este contrato es:

la prestación de un servicio público, nada menos que el de salud, este tipo de relación entre dos particulares es de carácter contractual, lo cual supone que a él le son aplicables las normas pertinentes de los códigos Civil y Mercantil colombianos, especialmente aquella que obliga a las partes ligadas por el contrato, a ejecutarlo atendiendo a los postulados de la buena fe. (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-594 de 1992)

Por tanto, este contrato es ley para las partes y se debe cumplir con todo lo estipulado en cada cláusula del contrato.

Los contratos de medicina prepagada tienen por objeto exclusivo la prestación del servicio público de salud, es por este motivo que pueden ser tratados bajo los criterios que gobiernen relaciones puramente patrimoniales. Debido a su ejecución, se compromete además de un interés convencional y económico, unos derechos constitucionales fundamentales como la salud, la integridad personal y en especial la vida humana (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-822 de 1999).

Diferencias entre el contrato de medicina prepagada y el contrato de seguro

En el Concepto No. 94037051 proferido por la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera) del 9 de agosto de 1994 sobre

el Contrato de medicina prepagada, conceptos y características, se establece que el contrato de medicina prepagada es un contrato de prestación de servicios de naturaleza sui generis y que no es asimilable a un contrato de seguro regulado por el Código de Comercio. En este orden de ideas, desde el punto de vista funcional u organizacional, la actividad de la medicina prepagada y las instituciones que prestan este servicio se encuentran bajo la vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud conforme al Decreto 1570 de 1993 que reglamentó la organización y el funcionamiento de la medicina prepagada en Colombia.

Igualmente, en el Concepto No. 1998023972 de la misma Superintendencia del 13 de agosto de 1998 sobre el Contrato de medicina prepagada, los contratos de medicina prepagada no son un seguro, se señala que dentro de los elementos esenciales del contrato de seguro está el riesgo asegurable como un suceso futuro e incierto que no depende de la voluntad de quien toma el seguro y cuya ocurrencia genera la obligación en el asegurador.

En el caso del contrato de medicina prepagada, el perfeccionamiento del acuerdo representa para la institución de medicina prepagada la obligación de prestar el servicio de consulta por voluntad del usuario sin que exista la necesidad que este se encuentre enfermo, es decir, la obligación no está sujeta a la condición suspensiva del seguro.

En el contrato de seguro, el asegurador no está obligado a renovar el contrato de seguro, en cambio, de conformidad con el Artículo 8 del Decreto 1570 de 1993, en el contrato de medicina prepagada se impone a la entidad que presta el servicio la renovación del servicio a menos que medie un incumplimiento del usuario.

El autor Galindo (2011b), en el libro Amparos y coberturas de la salud explica las principales diferencias entre el contrato de medicina prepagada y el contrato de seguro:

- a) La compañía de seguros se centra en el riesgo, la forma de atenuarlo y dispersarlo y no se enfoca en la salud como lo hacen las entidades de la medicina prepagada.

- b) El contrato de medicina prepagada busca la protección de la salud del usuario, mientras que en el contrato de seguro de salud se busca la protección del patrimonio del asegurado pues su función es indemnizatoria.
- c) La entidad de medicina prepagada puede contar con una red de servicios de salud y contrata el servicio con clínicas y proveedores externos en salud. El usuario puede escoger, pero sólo dentro de las opciones dadas en el plan señalado en el contrato, mientras que, en el seguro, la compañía no tiene red de servicios de salud y lo que hace la aseguradora es reembolsar los rubros contratadas por consultas, procedimientos e intervenciones quirúrgicas que han sido pagados directamente por el cliente
- d) La prestación de servicios por parte de las entidades de medicina prepagada tiene límite demográfico, en este caso, en principio se cubre el territorio colombiano, mientras en el contrato de seguro las pólizas cubren los valores, independientemente del lugar donde se hayan realizado los gastos, pudiendo ser incluso fuera del país
- e) La cobertura en la medicina prepagada es integral, es decir, incluye la consulta general y especializada y todo tipo de exámenes, procedimientos y tratamientos que no encuentren en las exclusiones por preexistencias, en cambio en el contrato de seguro el contrato recae sobre los servicios que el cliente desee que sean cubiertos y por ello habrá otros que no serán cubiertos.
- f) El contrato de medicina prepagada solo puede ser celebrado por las entidades de medicina prepagada debidamente autorizadas por el Estado y el contrato de seguro sólo puede ser ofrecido por entidades de seguro autorizadas por la Superintendencia Financiera.

El contrato de medicina prepagada y el plan obligatorio de salud

En la sentencia de la Corte Constitucional T-181 de 2004, se establece que la medicina prepagada tiene por objeto brindar a los beneficiarios de este plan una atención complementaria a las ofrecidas por las empresas promotoras de salud, bajo el esquema del plan obligatorio de salud.

Los PAS pueden ser de tres clases: planes de atención complementaria en salud, planes de medicina prepagada y contratos de seguro de salud en contraste con el POS. La medicina prepagada y el plan obligatorio de salud comparten el objetivo de propender por la protección de la salud; no obstante, es evidente que difieren en coberturas y regímenes.

El régimen bajo el cual opera la medicina prepagada es de derecho privado y, por lo tanto, su financiamiento se hace mediante el pago voluntario del servicio adicional de salud con recursos propios del usuario. El usuario podrá acceder a servicios de mayor calidad y con una cobertura superior a la brindada por el POS del régimen contributivo.

En contraste, el plan obligatorio de salud es regulado por el derecho público y se financia con cotizaciones y aportes obrero-patronales con el fin de garantizar un plan de contenidos básicos en salud. El plan obligatorio de salud se rige por los principios de solidaridad y universalidad bajo los cuales el Estado se obliga a garantizar el servicio de seguridad social para todos los habitantes del país, respetando los principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución que propenden por la protección del ser humano en su integridad física y moral.

Ahora bien, con relación a las entidades que prestan el servicio, es importante señalar que en la medicina prepagada los servicios son prestados por entidades constituidas exclusivamente como empresas de medicina prepagada y eventualmente por EPS autorizadas para prestar los planes complementarios, en cambio el plan obligatorio de salud es cubierto por las EPS por intermedio de sus IPS afiliadas.

Elementos del contrato de medicina prepagada: partes y obligaciones

Son partes en el contrato de medicina prepagada el usuario, la empresa de medicina prepagada y el contratante. El usuario, beneficiario o afiliado es la persona natural que adquiere el derecho a la prestación de los servicios de salud contratados.

La empresa de medicina prepagada es la institución que se dedica a la prestación de servicios de salud en sus diferentes modalidades, de la cual los usuarios reciben la atención, médica, quirúrgica o científica a cuya gestión se comprometen las entidades. Teniendo en cuenta lo señalado en el artículo 2 del Decreto 1570 de 1993, para que una sociedad o entidad realice operación de medicina prepagada debe obtener un certificado de funcionamiento de la Superintendencia Nacional de Salud, institución que además ejercerá control y vigilancia sobre esta. De acuerdo con el artículo 5 del Decreto 1570 de 1993, el objeto social de las sociedades que prestan la medicina prepagada será la gestión para la prestación de servicios de salud o la prestación directa de tales servicios.

En algunos casos puede existir una tercera persona denominada contratante, que sería la persona natural o jurídica que suscribe el contrato con una empresa de medicina prepagada, sea para su exclusivo beneficio o el de terceros.

Con relación a las obligaciones de las partes, es importante señalar que la Corte Constitucional en la sentencia T-699 de 2004 fijó criterios claros para establecerlas:

- a) El contrato de medicina prepagada se rige por los principios de la libertad y la buena fe contractual.
- b) Al suscribir este contrato se debe especificar de manera expresa, taxativa y particular, las enfermedades o afecciones, que se denominan en el contrato como preexistencias y serán excluidas de la cobertura y de la prestación de determinados servicios.

- c) Es aconsejable la práctica de exámenes rigurosos del usuario, que establezcan con exactitud las preexistencias sobre las cuales no habrá cubrimiento médico asistencial.
- d) Debe haber confianza mutua para establecer las reglas que determinan la ejecución contractual, con el objeto de tener seguridad jurídica y satisfacción de lo acordado en el contrato.

En este orden de ideas, varias sentencias de la Corte Constitucional y algunos Decretos expedidos por el Gobierno han señalado y explicado las obligaciones de las partes, en especial las obligaciones de la entidad adscrita (empresa de medicina prepagada). Algunas son:

El artículo 16 del Decreto 1570 de 1993 señala: Las entidades de medicina prepagada deberán prestar la atención médica en igual forma a todos los usuarios, con las que tenga contrato previamente concertado y de conformidad con la modalidad del contrato. Igualmente deberán abstenerse de establecer prácticas discriminatorias frente a la atención de tales pacientes so pena de las sanciones pecuniarias que pueda imponer la Superintendencia Nacional de Salud.

La sentencia SU-039 de 1998, dispone que: “Las compañías de medicina prepagada deben ser conscientes de que ellas se comprometen a prestar un conjunto de servicios que cobijan diferentes aspectos de salud como consultas, atención de urgencias, tratamientos, intervenciones quirúrgicas, suministro de medicinas, entre otros” (Colombia. Corte Constitucional, 1998).

Las sentencias T-188 de 1999 y SU-1554 de 2000, señalan que: En numerosos fallos proferidos por esta la Corte Constitucional se ha señalado que las empresas prestatarias de servicios médicos complementarios, comúnmente denominadas empresas de medicina prepagada deben al momento de realizar la vinculación de algún particular al plan de salud ofrecido por ellas, señalar de manera, expresa y taxativa las exclusiones médicas respecto de a las cuales no se dará cubrimiento médico alguno. Para tales efectos, la empresa prestadora del servicio médico deberá exigirle al futuro afiliado, la realización de completos y rigurosos exámenes de ingreso, que permitan establecer con

exactitud las denominadas preexistencias, respecto de las cuales no se dará cubrimiento médico alguno.

Sobre el mismo asunto, la sentencia de la Corte Constitucional T-290 de 1998, ha concluido que: se impone para las empresas de medicina prepagada la obligación de determinar con exactitud cuáles enfermedades congénitas y cuáles preexistencias no serán atendidas en relación con cada usuario, lo cual solamente puede hacerse, a juicio de la Sala, a partir de un riguroso examen previo a la celebración del contrato.

Y la sentencia de la Corte Constitucional T-909 de 2000, ha expresado que: La jurisprudencia constitucional ha sido clara en determinar que se entienden excluidos del objeto contractual, única y exclusivamente aquellos padecimientos del usuario que previa, expresa y taxativamente se encuentren mencionados en las cláusulas de la convención o en sus anexos, cuando sean considerados por los contratantes como preexistencias.

Sobre las obligaciones del usuario, se ha sostenido que este tiene dos obligaciones fundamentales, que en caso de ser cumplidas le darán pleno derecho para exigir a la entidad de medicina prepagada la prestación de la totalidad de los servicios de salud ofrecidos.

Actuar con buena fe y en el momento de suscribir el contrato decir la verdad sobre las enfermedades o afecciones, que serán consideradas preexistencias y por lo tanto excluidas de la cobertura y de la prestación de determinados servicios.

y Pagar oportunamente a la entidad las cuotas o dineros establecidos en el contrato.

Contenido del contrato

La medicina prepagada se materializa a través de un contrato atípico que no tiene plena regulación legal. No obstante, existen algunos decretos, que paulatinamente han venido regulando la figura. Entre

ellos debe citarse el artículo 15 del Decreto 1570 de 1993 y el Decreto 1486 de 1994 que, con relación al contrato de medicina prepagada establecen las siguientes exigencias:

1. El contenido del contrato debe ajustarse a las prescripciones de los Decretos y a las disposiciones legales que regulen este tipo de negocios jurídicos. En caso de que se pacten cláusulas contrarias a las normas existentes la respectiva estipulación será ineficaz, es decir, no producirá efecto alguno. En este mismo sentido se pronunció el Decreto 1486 de 1994.
2. La redacción del contrato debe ser clara, en idioma castellano y de fácil comprensión para los usuarios. Por este motivo, los caracteres tipográficos deben ser fácilmente legibles, evitando así que se produzcan los efectos no deseados de los contratos de adhesión, en especial con la llamada “letra menuda” o miniatura.
3. El contrato debe contener mención expresa sobre su vigencia que no podrá ser inferior a un año. Deberá expresarse claramente el precio acordado, su forma de pago, el nombre de los usuarios y la modalidad en que se realizarán los pagos periódicos.
4. Serán anexos obligatorios del contrato de medicina prepagada, la solicitud del contratante, las declaraciones del estado de salud de los usuarios, las tarifas vigentes y los directorios médicos, clínicas, hospitales, centros de salud y laboratorios que prestarán los servicios al usuario.
5. Como cualquier acuerdo de derecho privado, las modificaciones que se realicen al contrato inicial deben hacerse de común acuerdo entre las partes.
6. Por lo dicho hasta ahora, un aspecto fundamental del contrato de medicina prepagada son las exclusiones y preexistencias que no serán cubiertas por la compañía de medicina prepagada, por lo cual esta parte del convenio debe señalarse con caracteres destacados para que el usuario tenga clara la información y sepa con exactitud qué servicios, procedimientos o tratamientos no podrá exigir dentro de la ejecución del negocio jurídico.

7. El documento en el que consta el contrato deberá ser firmado por las partes contratantes y una copia de este debe ser entregada al usuario.

Respecto a las prohibiciones, el Artículo 25 del Decreto 1570 de 1993 y el Decreto 1486 de 1994 mencionan algunos aspectos que vale la pena resaltar:

1. Los contratos en general y el contrato de medicina prepagada en particular, por ser un contrato de adhesión, exige la buena fe de las partes en las etapas precontractual, contractual y postcontractual. Por ello, se prohíbe que los servicios o instituciones que no estén cubiertos se incluyan en el convenio, pues el efecto que tal situación podría generar es el error del usuario. En la publicidad de los servicios que hacen las compañías de medicina prepagada debe hacerse explícito que los servicios, tratamientos especiales, clínicas u hospitales que podrán usar los contratantes dependerán del plan que se tome, definiendo con precisión que incluyen los diferentes planes o programas.
2. De la misma manera está prohibida la cesión de comisiones a favor del usuario o el ofrecimiento de beneficios que el plan no cubre o la exageración de éstos.
3. En materia de competencia desleal se prohíbe a las compañías de medicina prepagada llevar a cabo actos de sugestión tendientes a dañar negocios celebrados por otras compañías. En general, todo acto de competencia desleal dará lugar a la terminación del contrato por parte de la entidad de medicina prepagada.

Terminación del contrato

Con relación a la permanencia del contrato, el artículo 15 del Decreto 1570 de 1993 establece que las entidades que presten servicios de medicina prepagada o los usuarios no podrán dar por terminado el contrato salvo que haya incumplimiento de las obligaciones de la otra parte. Es sabido que, en todos los contratos, las partes tienen el de-

ber de permanencia en el vínculo, mientras las condiciones generales del mismo se mantengan y por supuesto, siempre y cuando las partes cumplan sus obligaciones.

Ahora bien, en los contratos bilaterales, como el de medicina prepagada, existe la denominada condición resolutoria tácita consagrada en el artículo 1546 del Código Civil colombiano, según la cual, el incumplimiento de una de las partes facultará a la otra (que ha cumplido) a insistir en la ejecución del contrato o en darlo por terminado, con la opción de cobrar en cualquiera de los dos casos, la correspondiente indemnización de perjuicios causados por el incumplimiento de la otra parte.

Pero lo señalado en el Decreto 1570 de 1993 no es desarrollo de la condición resolutoria tácita. El Artículo 15 de la norma en comento prohíbe a las partes dar por terminado el contrato y establece que, si las obligaciones se cumplen, estas no pueden terminar el vínculo y deben permanecer en él. Esta prohibición además de resultar novedosa en el contexto del derecho privado, a mi juicio, debe interpretarse en forma tal que es la compañía de medicina prepagada la que no puede dar por terminado el vínculo jurídico con el afiliado, siempre y cuando este cumpla cabalmente con sus obligaciones, es decir, que actúe de buena fe y pague cumplidamente el precio del contrato.

La acción de tutela resulta procedente para garantizar una protección judicial de los derechos fundamentales de los usuarios de los contratos de medicina prepagada, ante la amenaza o vulneración que pueda recaer sobre los mismos por los actos u omisiones de las sociedades particulares con quienes los suscriben, en razón de que se trata de la prestación del servicio público de salud, respecto de lo cual los usuarios se encuentran en un estado de indefensión. En tal sentido, debe tenerse en cuenta lo señalado en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

La Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto en varias sentencias, en las que ha dicho que los contratos de medicina prepagada se rigen por el derecho privado y las controversias que se puedan pre-

sentar debido a los mismos deben solucionarse en la justicia ordinaria, pero que, en casos excepcionales, pueden protegerse los derechos de los afiliados mediante el ejercicio de la acción de tutela cuando se presenta violación o amenaza de del derecho fundamental a la salud (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-196 de 2007).

Responsabilidad de la empresa de medicina prepagada

Es innegable la problemática que enfrentan los usuarios de la medicina prepagada frente a la no prestación del servicio de la empresa por enfermedades o patologías preexistentes de los usuarios, pues en principio estas se quieren eximir de su deber y en general, buscan no realizar los procedimientos y tratamientos médicos necesarios. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha desarrollado varias teorías en las que exige a las compañías a realizar los procedimientos sin importar que la enfermedad del usuario estuviera catalogada como preexistente, fundamentándose en la protección de los derechos fundamentales a la salud y la vida.

Una postura de la Corte se ha basado en la posibilidad de que las compañías si pueden prestar el tratamiento médico asistencial de una enfermedad o patología preexistente, pero con la posibilidad de que tal prestación aumentaría el valor de la cuota a cargo del afiliado, pero en todo caso, teniendo en cuenta que el objeto de la relación se refiere a los derechos fundamentales a la vida y salud, por lo cual no es admisible permitir que los derechos de los usuarios corran peligro, independientemente de que es claro que para las empresas de medicina prepagada, el contrato es oneroso y tiene un claro ánimo de lucro.

El artículo 17 del Decreto 1570 de 1993, es claro al señalar que las empresas, dependencias y programas de medicina prepagada, serán responsables civil y administrativamente, por todos los eventuales perjuicios que ocasionen a los usuarios en los casos de incumplimiento contractual, especialmente cuando la atención de los servicios ofrecidos contraría lo acordado en el contrato y cuando se preste el

servicio en forma directa, por las fallas ocasionadas por algunos de sus empleados, sean administrativos o asistenciales, todo ello, sin perjuicio de las sanciones a que pueda dar lugar la violación de otras leyes. (Colombia. Corte Constitucional, 1993).

Es indudable que, para la empresa, el contrato de medicina prepagada genera obligaciones de resultado, es decir, el usuario espera la obtención de determinadas consultas, tratamientos y procedimientos, sin que el deudor (empresa de medicina prepagada) pueda exonerarse de su responsabilidad contractual, alegando que actuó diligentemente y puso todos los medios para llegar a un determinado fin. Esta circunstancia afecta la carga de la prueba en materia de responsabilidad civil contractual, pues será la empresa de medicina prepagada quien deberá desvirtuar la presunción de culpa que recae sobre ella, probando que no se logró el resultado esperado a pesar de una actuación diligente e idónea.

En este punto es necesario tener en cuenta que los resultados esperados en algunos tratamientos, o cirugías no pueden ser garantizados por los profesionales e instituciones de la salud, pues existen posibilidades de efectos colaterales y riesgos inherentes que pueden cambiar drásticamente lo que espera un paciente (usuario).

Por esta razón, es fundamental llevar a cabo un completo consentimiento informado al paciente y su familia sobre los riesgos o resultados no deseados de los procedimientos que se van a realizar. Para establecer la responsabilidad de la entidad o el profesional médico, debe observarse su actuación específica, pues una cosa es la responsabilidad contractual derivada del contrato de medicina prepagada y otra la responsabilidad médica de quienes prestan el servicio y ejercen las actividades en el área de la salud. (Gómez Lora, 2009).

Es importante recordar que las obligaciones de los profesionales de la salud, debe procurar utilizar la técnica y el arte de la medicina para el bienestar de su paciente, así como del buen cuidado de la salud durante la enfermedad y proporcionar lo necesario para el tratamiento para la prevención y recuperación. (Gómez Lora, 2009).

La empresa de medicina prepagada que prestará los servicios durante la ejecución del contrato, no puede cambiar las reglas inicialmente pactadas, pues ello se traduciría en un grave incumplimiento del negocio jurídico y, sobre todo, a los postulados de la buena fe que por tal razón la vincula con el usuario. Es indudable que frente a las compañías de medicina prepagada, los usuarios se han considerado la parte débil del contrato y están en cierto grado de indefensión, pues es la entidad prestadora del servicio quien decide sobre la forma en que se ejecutará la respectiva prestación (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-196 de 2007).

En todo caso, es claro que la empresa de medicina prepagada deberá cubrir a partir de la celebración del contrato los riesgos relativos a la salud del contratante y de las personas que sean señaladas por él como beneficiarias, siempre y cuando el usuario pague oportunamente las cuotas a la entidad.

La Medicina Prepagada en Algunos Países de América Latina

Chile y la Medicina Prepagada

Las entidades de medicina prepagada se denominan instituciones de salud provisional (ISAPRE) y se definen como aseguradoras privadas de salud. La actividad se encuentra regulada en la Ley 18933 de 1990 y Ley 20015 de 2005.

La afiliación a este tipo de instituciones se realiza a través de la suscripción de un contrato privado, que al igual que Colombia se encuentran vigiladas por la Superintendencia de Salud chilena. Se debe realizar la declaración de Salud, documento que determinará las patologías preexistentes y que es evaluado por la Contraloría Médica de la ISAPRE.

En el negocio jurídico suscrito con la ISAPRE se deben estipular las limitaciones del plan, qué prestaciones se acuerdan y los beneficiarios

concretos que tendrá el usuario. En general los contratos de vinculación tienen las siguientes modalidades:

1. Plan de libre elección en que el beneficiario elige que se le ofrece y los copagos estarán de acuerdo con la cobertura del plan, todo lo cual está regulado y vigilado por la Superintendencia de Salud.
2. El plan cerrado, es más económico, en el cual los beneficiarios pueden utilizar algunos prestadores de salud, de conformidad con los lineamientos establecidos por la Superintendencia de Salud.
3. Plan con prestadores preferentes, en el que el usuario puede acudir a los prestadores preferentes que señala el plan de salud y su copago es menor que las prestaciones amparadas por la cobertura preferencial o puede elegir otro prestador, pero el copago tiene un costo elevado.

Cuando el beneficiario presenta una preexistencia, esta debe ser declarada en el formulario denominado “declaración de salud”, que puede generar la negación al ingreso de la institución, pero si la enfermedad surge después de la firma del contrato, la ISAPRE no puede terminar el vínculo, ni limitar la cobertura, pues en estricto sentido, la patología deja de considerarse preexistencia.

Las ISAPRES generan varios beneficios, como la posibilidad de que el trabajador (cuando sea el caso) reciba pago de subsidio por incapacidad laboral, si esta supera los tres días. También pueden ofrecer un seguro, llamado CAEC, que adicionalmente cubre enfermedades de alto costo, denominadas catastróficas.

Ecuador y la Medicina Prepagada

El servicio de medicina prepagada se constituye como una opción del servicio de seguros médicos convencionales y tiene como objetivo financiar y prestar servicios de atención médica – hospitalaria por unos costos determinados dentro de los planes que para tal efecto se establecen en el contrato de medicina prepagada.

En 2016 la Ley Orgánica que regula a las compañías que financian servicios de atención integral de salud prepagada y a las de seguros que oferten cobertura de seguros de asistencia médica, buscó una mayor protección y cobertura para los usuarios con el fin de lograr una prestación mejorada de la salud.

Esta ley determinó que las empresas de medicina prepagada deben ser sociedades anónimas y respecto a su objeto social señaló que el financiamiento de servicios para la atención integral de salud debe provenir de los afiliados con el respaldo del Estado.

El plazo de la duración del contrato social no podrá ser menor a cincuenta años y la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros es la entidad encargada de la vigilancia y control de las entidades prestadoras de medicina prepagada, así como de la autorización para su funcionamiento.

El Artículo 20 de la referida Ley Orgánica de Salud prohíbe toda exclusión a causa de condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, VIH, discapacidad o diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente; se dijo que ninguna de estas causas puede ser el criterio de rechazo de cobertura, suscripción o renovación de los contratos.

El Artículo 21 menciona la importancia de “obtener una información veraz, oportuna, completa y precisa acerca del alcance y los límites de todas y cada una de las prestaciones ofertadas, montos de cobertura, tarifario aplicable, modalidad a utilizarse, sus características, calidad, condiciones de contratación”. (“Términos y condiciones-2021 -Saludas”) Además, “los planes y programas no contendrán términos ambiguos, ambivalentes o que puedan conducir a equívocos”.

En Ecuador, existen tres modalidades de medicina prepagada:

1. La modalidad abierta en la que el usuario elige qué atención sanitaria quiere a través de terceros prestadores y que no se encuentran relacionado con las compañías ofrecidas por las entidades prestadoras de medicina prepagada.

2. La modalidad cerrada en la que el usuario recibe la atención sanitaria únicamente por los prestadores de servicios relacionadas con las compañías financiadoras en los ámbitos comercial o de integración societaria.
3. La modalidad mixta en la que el usuario recibirá atención sanitaria, de acuerdo con las modalidades abierta y cerrada.

Con relación al contrato, su estructura y contenido, es importante señalar que este se sujeta a cláusulas obligatorias que son aprobadas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros para las prestaciones de salud que cubran dichos contratos; y, en todo lo que sea aplicable, a lo previsto en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

Se prohíbe a las compañías que financien servicios de atención integral de salud prepagada y a las compañías de seguros que oferten cobertura de seguros de asistencia médica, disminuir, restringir o eliminar la cobertura contratada, por el hecho de que los usuarios o asegurados lleguen a determinada edad, siempre que dichos contratos posean una continuidad mínima previa de cinco años.

Argentina y la Medicina Prepagada

La Ley 26682 de 2011 es el marco regulatorio de la medicina prepagada en Argentina, que tiene por objeto establecer unas normas específicas en la prestación de servicios médico asistenciales, además se incluyen los requisitos de las empresas que se ofrezcan en el mercado de servicios de salud.

El contrato de medicina prepagada se caracteriza por tener una captación de recursos económicos a cargo de la empresa organizadora del sistema. Cada usuario tiene sus propios recursos que van dirigidos a los costos de la prestación del servicio de salud y con ello se financia un riesgo futuro a partir del principio de solidaridad (Japaze, 2011).

La Ley 26.682 establece las siguientes obligaciones para el prestador de servicios de salud:

1. Informar a los usuarios los servicios que le serán cubiertos, así como los riesgos de la contratación, las modalidades del contrato y las condiciones de permanencia. Se impone desde la etapa precontractual y en el momento de la celebración del contrato hasta su finalización.
2. Cumplir con las prestaciones en las condiciones acordadas.
3. No interrumpir la cobertura sin causa justificada.
4. No rescindir unilateralmente el contrato, sin justa causa.
5. Garantizar condiciones de atención y trato digno.

En el régimen legal consagrado en la ley 26.682 existen tres tipos de modalidades en la prestación del servicio de medicina prepagada:

1. El sistema cerrado: La empresa organizadora impone al usuario un servicio a cargo de determinados profesionales o de centros médicos específicos.
2. El sistema abierto: El usuario tiene libre elección en profesionales o de centros médicos la empresa de medicina prepaga asumirá el pago de los gastos.
3. El sistema mixto: El usuario tiene libertad de elección, pero sujeto a profesionales o de centros médicos que se encuentren en un listado o cartilla, actualizado de forma periódica.

El servicio de medicina prepagada solo ofrece planes de coberturas parciales:

1. Servicios odontológicos exclusivamente.
2. Servicios de emergencias médicas y traslados sanitarios de personas.
3. Aquellos que desarrollen su actividad en una única y determinada localidad, con un padrón de usuarios inferior a cinco mil.

Las enfermedades preexistentes solamente pueden establecerse a partir de la declaración jurada del usuario y no pueden ser criterio del rechazo de admisión de los usuarios. (“Enfermedades preexistentes pueden negar la afiliación a la prepaga ...”) La edad no es un criterio de rechazo de admisión. En el caso de las personas mayores de sesenta y cinco (65) años, se definirá un aumento de costos según su riesgo.

Se puede rescindir el contrato cuando el usuario incurra en la falta de pago de por lo menos tres (3) cuotas consecutivas o cuando el usuario haya incurrido en falsedad en la declaración jurada. Los usuarios pueden rescindir del contrato sin limitación o penalidad, pero deberán realizar la notificación de la rescisión con treinta (30) días de anticipación.

Prospectiva del Contrato de Medicina en Colombia

El contrato de medicina prepagada actualmente es un contrato atípico en Colombia y su desarrollo legislativo es precario, lo cual puede generar controversias entre las partes o abusos por parte de las entidades prestadoras del servicio de salud prepagada. En el Decreto 1570 de 1993 y el Decreto 1486 de 1994 se reglamentan algunos de los requisitos que deben cumplir las entidades adscritas para la prestación del servicio de salud prepagada y del contenido de los contratos, que indudablemente limitan su aplicación.

Los temas regulados se quedan cortos para las problemáticas que hoy se presentan, tales como: su vigencia, responsabilidad, circunstancias sobre la muerte de algún beneficiario o causales de terminación, temas que en países como Ecuador en su Ley orgánica ya se maneja. Es un contrato atípico y de adhesión es necesario regular ciertas circunstancias de la ejecución del mismo para evitar eventuales actos abusivos por parte la parte dominante de la relación contractual.

Conclusiones

El contrato de medicina prepagada es atípico y no cuenta con regulación legal, esto ha trascendido en que, por medio de sentencias de tutela de la Corte Constitucional, la figura paulatinamente esté siendo moldeada. Desde el punto de vista contractual la medicina prepagada podría considerarse como una especie de contrato de prestación de servicios, sin embargo, existe una importante característica que lo hace diferente a cualquier prestación de servicios: el objeto mismo del contrato, es decir, la prestación de servicios de salud.

Lo anterior, explica por qué existen tantas tutelas y sentencias de la Corte Constitucional. Sin lugar a duda podría afirmarse que no existe ningún otro contrato de prestación de servicios que dé lugar a tal cantidad de sentencias de tutela. Precisamente este rasgo hace que pueda considerarse como un contrato autónomo y diferente a los demás.

Entonces, si estamos en presencia de un contrato mercantil, pues no cabría la posibilidad de considerarlo civil dada la naturaleza comercial de las empresas de medicina prepagada, es urgente que el legislador estructure la figura y señale los lineamientos de derecho privado que sirvan para la interpretación y aplicación del convenio, teniendo presente por supuesto que en medio del acuerdo de voluntades están inmersos derechos fundamentales de suma importancia como la vida, la salud y la dignidad humana.

Por otro lado, es imperioso tener en cuenta que el contrato de medicina prepagada es un contrato por adhesión, pues resultaría inaplicable generar libre discusión del clausulado entre las partes. Ello trae un reto adicional para el legislador: crear una estructuración legal de la figura teniendo especial cuidado para evitar la existencia de cláusulas abusivas que afecten los intereses de los consumidores y pongan en riesgo los derechos fundamentales.

Bibliografía

- Cabas, J. A. (2004). *Defensa constitucional y legal de los usuarios en los contratos de medicina prepagada*. Medellín: Librería jurídica
- Chile. Superintendencia de Salud. (s.f.). ¿FONASA o ISAPRE? <https://n9.cl/1v47r>.
- Colombia. Congreso de la Republica. Ley 100 de 1993. *Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*. 23 de diciembre de 1993. D.O. N°. 41.148.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 1998. (M.P. Hernando Herrera Vergara: 19 de febrero de 1998).
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-1554 de 2000. (M.P. Cristina Pardo Schlesinger: 21 de noviembre del 2000).
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T - 277 de 1998. (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa: 3 de junio de 1998).
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-065 de 2004 (M.P. Jaime Araujo Rentería: 2 de febrero de 2004).
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-1012 de 2005 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra: 6 de octubre de 2005).
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-118 de 1999, (M.P. Alfredo Beltrán Sierra: 25 de febrero de 1999).
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-181 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil: 3 de marzo de 2004).
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-196 de 2007 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra: 15 de marzo de 2007).
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-217 de 2005. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: 10 de marzo de 2005).
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-236 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño: 20 de marzo de 2003).

- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-290 de 1998. (M.P. Fabio Morón Díaz: 4 de junio de 1998).
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-307 de 1997. (M.P. José Gregorio Hernández Galindo: 20 de junio de 1997).
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-549 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis: 9 de julio de 2003).
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-594 de 1992. (M.P. José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz: 9 de diciembre de 1992).
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-660 de 2006 (M.P. Álvaro Tafur Galvis, 10 de agosto de 2006).
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-699 de 2004 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes: 22 de julio de 2004).
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-822 de 1999. (M.P. Álvaro Tafur Galvis: 21 de octubre de 1999).
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-909 del 2000. (MP. Alejandro Martínez Caballero: 17 de julio de 2000).
- Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1486 de 1994. *Por el cual se reglamenta el Estatuto Orgánico del Sistema General de Seguridad Social en Salud en cuanto a la organización y funciones de la Medicina Prepagada, se modifica el Decreto 1570 de 1993 y se dictan otras disposiciones.* 13 de Julio de 1994. <https://n9.cl/wrtbe>.
- Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1570 de 1993. *Por el cual se reglamenta la ley 10 de 1990 en cuanto a la organización y funcionamiento de la medicina prepagada.* 12 de agosto de 1993. <https://n9.cl/a6vyo>.
- Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2591 de 1991. *Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.* 19 de noviembre de 1991. <https://n9.cl/no0s>.

- Colombia. Presidencia de la República. Decreto 806 de 1998. Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional. 30 de abril de 1998. <https://n9.cl/7x3py>.
- Colombia. Superintendencia Bancaria Concepto No. 94037051. Contrato de medicina prepagada, conceptos y características. Agosto 09 de 1994.
- Colombia. Superintendencia Bancaria. Concepto N° 1998023972. Contrato de medicina prepagada, los contratos de medicina prepagada no son un seguro. Agosto 13 de 1998.
- Galindo, J. C. (2011a). *La salud y su aseguramiento en Argentina, Chile, Colombia y España*. Madrid, España: Fundación MAPFRE.
- Galindo, J. C. (2011b). *Amparos y coberturas de la salud. Seguridad social, medicina y seguros privados*. Bogotá D.C.: Ibáñez y Pontificia Universidad Javeriana.
- Gómez Lora, M. C. (2009). *Medicina Prepagada en Colombia: Desarrollo legal y jurisprudencial*. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.
- Japaze, B. (2011). Contrato de medicina prepaga y protección del consumidor régimen legal consagrado por la ley 26.682. *Revista crítica de derecho privado*. 8, págs. 637-709.
- Zapata Flórez, J. (2021). La conexidad contractual en los planes de medicina prepagada y las pólizas de salud. *Justicia*, 26(39), 153-172.

Interpretación Jurídica y Carga Dinámica de la Prueba en la Responsabilidad Civil Médica: un Acto de Construcción Jurídica de la Corte Suprema de Justicia Colombiana

Legal Interpretation and Dynamic Burden of Proof in Medical Civil Liability: An Act of Legal Construction by the Colombian Supreme Court of Justice.

Jaime Alberto Palomino Arias

Abogado

Egresado Maestría en Derecho

Universidad Santiago de Cali

Correo: vivirelmundo3000@gmail.com

Orcid: <https://orcid.org/0009-0004-1319-0795>

Diego León Gómez Martínez

Magistrado

Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca

Correo: diegogomez@usc.edu.co

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4681-6625>

Resumen

La carga de la prueba es de suma importancia para el ejercicio del derecho desde el punto de vista de la realidad judicial cotidiana, pues

Cita este capítulo / Cite this chapter

Palomino Arias, J. A. y Gómez Martínez, D. L. (2024). Interpretación Jurídica y Carga Dinámica de la Prueba en la Responsabilidad Civil Médica: un Acto de Construcción Jurídica de la Corte Suprema de Justicia Colombiana. En: Marín Ordoñez, J. y Rincón Andreu, G. (ed. científicos). *Retos y Perspectivas del Derecho Médico*. (pp. 177-204). Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali.

versa sobre la obligación procesal de probar las proposiciones sobre los hechos que se alegan, bien sea en la demanda o en la contestación de esta; aspecto también relevante en el ámbito de la responsabilidad médica. El presente trabajo investigativo tiene como propósito el análisis de los argumentos presentados y la técnica argumentativa empleada por parte de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia de Casación 12947 de 2016, en relación con la carga probatoria en los procesos civiles de responsabilidad médica, teniendo como punto de análisis la teoría argumentativa del autor italiano Riccardo Guastini.

Palabras clave: Responsabilidad médica, interpretación jurídica, carga dinámica de la prueba.

Abstract

The burden of proof is extremely important for the exercise of the law from the point of view of daily judicial reality, since it deals with the procedural obligation to prove the propositions about the facts that are alleged, either in the lawsuit or in the answer to this; This aspect is also relevant in the field of medical liability. The purpose of this investigative work is the analysis of the arguments presented and the argumentative technique used by the Supreme Court of Justice, in the cassation judgment No. 12947 of 2016, in relation to the burden of proof in civil liability proceedings. medical, taking as a point of analysis the argumentative theory of the Italian author Riccardo Guastini.

Keywords: Medical liability, legal interpretation, dynamic burden of proof.

Introducción

Frente al derecho contemporáneo puede afirmarse que existe una discusión académica y práctica acerca del papel de los jueces respecto de la aplicación del derecho, pues la dinámica interpretativa de estos

frente a vacíos normativos o casos difíciles ha conllevado a soluciones -si se quiere creativas- que a su vez han significado el nacimiento de nuevas normas en el mundo jurídico, dejando ver así el papel que la judicatura puede jugar como creadora de normas.

El fenómeno jurídico de la creación de normas por parte de los altos tribunales judiciales pone sobre la mesa la discusión de la dinámica jurídica que impera desde la realidad judicial, relativa a la construcción de normas jurídicas a partir de considerarse implícita en una norma expresa, sobre la base de argumentos que permiten fundamentar una determinada interpretación en ese sentido, todo eso, como resultado de un ejercicio interpretativo construido desde una argumentación específica.

Por otra parte, el tópico de la carga de la prueba es de suma importancia para el ejercicio del derecho desde el punto de vista de la realidad judicial cotidiana, pues versa sobre la obligación procesal de probar los hechos que se alegan, bien sea en la demanda o en la contestación de la misma.

El presente trabajo investigativo tiene como propósito el análisis de los argumentos presentados y la técnica argumentativa empleada por parte de la Corte Suprema de Justicia, plasmados en la Sentencia de Casación 12947 de 2016, en relación con el tópico de la carga probatoria en los procesos civiles de responsabilidad médica, teniendo como punto de análisis la teoría argumentativa del autor italiano Riccardo Guastini.

En dicha providencia se puede observar la discusión jurisprudencial que, desde hace muchos años, ha girado en torno a la referida carga procesal en asuntos de responsabilidad médica, lo que ha conllevado a posteriores discusiones en el órgano legislativo que, como resultado, tuvo la expedición del Artículo 167° del Código General del Proceso, por medio del cual se llevaría al plano de la ley la llamada carga dinámica de la prueba.

Es decir, que la carga dinámica de la prueba fue primero una creación normativa a partir de la interpretación jurisprudencial de la Corte

Suprema de Justicia, y es precisamente en esa discusión jurisprudencial pretérita en que nos enfocaremos para conocer a fondo la argumentación esgrimida en la sentencia y analizar, de esta manera, el proceso de creación normativa por parte de la Corte.

Metodología

Este es un capítulo analítico y reflexivo, que parte de una investigación de tipo teórica y con un enfoque cualitativo. Concretamente, para este trabajo se ha adoptado un método teórico para la investigación en ciencias jurídicas inductivo-deductivo, haciendo un análisis de lo general a lo particular, sistematizando conocimiento para alcanzar conclusiones, utilizando la inducción como forma de razonamiento.

Para ello, se ha realizado una recolección y sistematización de bibliografía, esencialmente de fuentes primarias, con especial concentración en obras doctrinales de gran trascendencia y jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional, como de la Corte Suprema de Justicia.

La Construcción Jurídica de la Carga Dinámica de la Prueba en la Responsabilidad Médica Civil a partir de la Argumentación de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SC-12947 de 2016.

En el presente capítulo nos proponemos trasegar por la senda argumentativa de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la carga dinámica de la prueba en la responsabilidad médica civil abordada en la Sentencia SC-12947 de 2016, para evidenciar el uso de determinadas técnicas de interpretación en el ejercicio argumentativo del alto tribunal.

Así las cosas, a partir de la teoría de la argumentación de Riccardo Guastini nos proponemos observar las técnicas de interpretación y la

argumentación jurídica llevadas a cabo por parte de la Corte Suprema de Justicia en su proceso de construcción de la carga dinámica de la prueba en materia de responsabilidad médica civil.

Breve Descripción Fáctica de la Sentencia

En la Sentencia SC-12947 de 2016, la Corte Suprema de Justicia colombiana conoció de un asunto en el que los demandantes acusaban a los galenos de los daños sufridos por su menor hijo durante el control prenatal de la madre, que provocó una Eclampsia que devino en el daño visual del menor. En primera instancia, el juzgado condenó por los daños endilgados a una profesional de la salud y su compañía aseguradora, absolviendo a los demás demandados, decisión que fue recurrida por ambas partes, la cual fue revocada por el tribunal en segunda instancia, absolviendo de responsabilidad a la totalidad de los encartados.

El Tribunal, en cuanto a la responsabilidad acusada contra el médico S, señala que los demandantes no probaron la culpa en el comportamiento del galeno, ni que dicho comportamiento determinara los daños endilgados. Esto, basado en declaraciones de médicos y la pericia de autos que coincidieron con el diagnóstico del galeno acusado, así como en la experticia rendida por la Federación Colombiana de Asociaciones de Obstetricia y Ginecología que señaló que la presencia del médico obstetra no es necesaria en situaciones como las del caso en marras, dejando sin evidenciar el nexo causal entre el comportamiento del profesional de la salud y el daño causado.

Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad señalada contra las médicas A y B, sustentada en la negligencia frente al diagnóstico de la enfermedad “*retinopatía de la prematuridad*” del menor, el Tribunal desestimó la acusación contra la médica A (y la Fundación Cardio Infantil solidariamente), anotando que no se logró probar por los demandantes que la pérdida de la visión del menor fuera consecuencia de la conducta de la accionada, pues al momento de valorar al menor, la enfermedad se encontraba latente, apenas en su primer etapa, sin

que el demandado probara la necesidad de intervención de especialista en ese momento.

En cuanto a la médica B, desestimó su responsabilidad por cuanto se evidenció en la historia clínica del paciente que la profesional ordenó llevar a cabo controles en determinadas fechas y que los padres del menor no cumplieron con la obligación de llevar al menor a dichos controles, lo cual, sumado a declaraciones de dos profesionales expertos en la materia, llevó al Tribunal a concluir que la tardanza en la asistencia a los controles médicos fue determinante en la evolución de la enfermedad que conllevó a la pérdida de la visión del menor.

En ese sentido, la Corte resuelve el recurso de casación presentado por los demandantes, en el que señalan en sus primeros cargos los errores del Tribunal respecto de la aplicación de la carga probatoria, así como la valoración irregular de algunos elementos probatorios y la omisión en la valoración de otros.

Se estableció entonces que no hay discusión procesal en cuanto al cumplimiento del deber de los galenos de procurar la mejoría de la salud del paciente, así como tampoco hay discusión respecto de la pérdida de la vista del menor, generada a partir del padecimiento de la enfermedad ‘retinopatía de la prematuridad’. Y, así las cosas, la Corte resolvió no casar la sentencia del Tribunal Superior, en atención a diferentes tipos de errores de técnica jurídica respecto de las reglas del recurso extraordinario de casación y la discusión de circunstancias no alegadas en las instancias anteriores.

Antecedente jurisprudencial de la carga dinámica de la prueba en la responsabilidad médica civil

En materia de responsabilidad médica civil rigen los mismos elementos de todo tipo de responsabilidad, de manera que, al causar daño a una persona, nace la obligación de reparar a partir de un comportamiento activo o pasivo que signifique atentar contra los deberes de cuidado de su profesión, imputable como una conducta dolosa o

culposa, sumado al daño (patrimonial o extrapatrimonial) y el nexo causal (Corte Suprema de Justicia [CSJ] Sala de Casación [SC], Rad. 5507, 2001); entendiendo la actividad médica a partir de las fases de prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y control (CSJ SC, rad. 6199, 2002). Asimismo, la Corte ha señalado que dicha responsabilidad médica también se endilga a los centros clínicos y hospitalarios a razón de faltas culposas de su personal (CSJ SC, Rad. 2008-00469-01, 2014).

Desde la sentencia del 5 de marzo de 1940, la Corporación ha dejado sentado que la actividad médica no puede considerarse como empresa riesgosa. Aunado a esto, dejó establecida no solo la obligación de probar la culpa del médico, sino, además, probar también el nivel de gravedad de dicha culpa, estructurando así la doctrina denominada “culpa probada”. Ya luego, en sentencia del 12 de septiembre de 1985, la Corte aclaró que no basta con probar la falta de curación del paciente para alegar la eventual responsabilidad médica de los galenos demandados, toda vez que la obligación del médico no gira en torno al resultado “curación” sino a “...poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo”.

Y, más adelante, en sentencia del 26 de noviembre de 1986, la Corte anotó que, en cuanto a la responsabilidad contractual en el que se ha asegurado un resultado específico, de no obtenerse este, habrá culpabilidad del galeno y la consecuente obligación de indemnizar, a menos que el demandado pruebe fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la víctima, consolidando así la tesis de la culpa probada aunado a pronunciamientos de los años 1990, 1994 y 1998 (CSJ SC, Rad. 12947, 2016. p.45).

Ahora bien, con relación a la responsabilidad civil extracontractual médica, en la sentencia del 30 de enero 2001 (Rad. 5507) la Corte Suprema de Justicia afianzó lo señalado en la sentencia del 5 de marzo de 1940 respecto de la carga probatoria de la culpa médica, sustentado legalmente en el artículo 2341 del Código Civil colombiano, es decir, aquella tesis según la cual el demandante tiene la carga probatoria de la culpa médica (CSJ SC, rad. 12947, 2016. p.46).

Esta Corporación, en Sentencia de Casación del 22 de julio de 2010 (Rad. 2000-00042-01), reseña su posición jurisprudencial acogiendo los pronunciamientos precedentes. Señala que, a pesar de la variabilidad de la responsabilidad médica civil al ser generada dependiendo de las obligaciones adquiridas por el galeno, frente al acto médico propiamente dicho, es claro que el médico demandado deberá indemnizar los daños ocasionados mediante culpa profesional o comportamiento doloso, eso sí, estableciéndose la carga probatoria en el demandante (CSJ SC, rad. 12947, 2016. p.46).

Del Argumento Teleológico o Finalista

El argumento teleológico o finalista hace referencia directa a la finalidad que busca alcanzar determinada ley, o mejor, lo que busca alcanzar el legislador al proferirla, por lo que también se puede conocer como el argumento de la intención del legislador. Es así, como puede entenderse dicha finalidad desde la perspectiva del legislador como sujeto creador de determinada disposición jurídica (legislador histórico) o desde la óptica de una finalidad u objetivo intrínseco en la disposición misma, es decir, la razón que originó dicha disposición (Guastini, 1993).

Tengamos como ejemplo la lectura del Artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que al tenor literal reza: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” (Colombia. Congreso de la República, 2012). Frente a esta disposición, la Corte Suprema de Justicia citando la Sentencia del 22 de julio 2010 (Rad. 2000 00042 01) aseveró que, no obstante, la tradicional postura jurisprudencial respecto de la carga probatoria en materia de responsabilidad civil médica, el juez puede atender los mandatos de la sana crítica y con procedimientos racionales que suavizan las reglas de la carga probatoria, pueda deducir de manera lógica el elemento culpa en la responsabilidad médica civil.

Esto, por cuanto la aplicación literal de la norma contenida en el Artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en situaciones de difi-

cultad probatoria para la víctima, puede llegar a atentar contra la finalidad con la que fue creado el régimen de responsabilidad civil. La Corte señala, además, ser sensible frente a estas dificultades de tipo probatorio para el demandante (víctima) y, atendiendo a ese criterio de justicia, afirma la facultad de los jueces para atenuar la carga probatoria mediante la aplicación de instrumentos jurídicos (CSJ SC, Rad. 12947, 2016. p.47).

Es así, como en dicha providencia se llevó a cabo una interpretación correctora con la utilización del argumento teleológico, al advertir el riesgo de transgredir la finalidad reparadora del régimen de responsabilidad civil y aplicar de manera general y absoluta el criterio normativo tradicional de la carga probatoria por parte de la Corte Suprema de Justicia (CSJ SC, rad. 12947, 2016):

En efecto, como quiera que es posible que una rigurosa aplicación de la disposición contenida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil puede aparejar en este ámbito el fracaso de la finalidad reparadora del régimen de la responsabilidad civil, particularmente, por las dificultades probatorias en las que se puede encontrar la víctima, no es insensible la Corte ante esa situación, motivo por el cual asienta que, teniendo en consideración las particularidades de cada caso en concreto, lo que repele indebidos intentos de generalización o de alteración de los principios y mandatos legales, y en la medida que sea posible, puede el juez acudir a diversos instrumentos que atenúan o “dulcifican” (como lo denominan la doctrina y la jurisprudencia españolas) el rigor del reseñado precepto (p. 47).

Argumento a contrario

La interpretación correctora puede ser de tipo extensiva o de tipo restrictiva; entendiendo ésta última como aquella que busca limitar o alinderar el significado de lo expresado en determinada disposición jurídica a algunos supuestos de hecho de la totalidad que pudiesen identificarse en dicha disposición, bajo la lógica de la interpretación literal (Guastini, 1999).

A título de ejemplo, pensemos en un enunciado normativo procesal como el siguiente: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” (Colombia. Presidencia de la República, 1991 Artículo 177). Este enunciado fue interpretado por la Corte Suprema de Justicia en la mencionada Sentencia CSJ SC del 22 de julio 2010, Rad. 2000 00042-01 extraído de la Sentencia SC-12947 de 2016 (CSJ SC, rad. 12947, 2016) de la siguiente manera:

Empero, a esa conclusión no se opone que el juez, atendiendo los mandatos de la sana crítica y mediante diversos procedimientos racionales que flexibilizan el rigor de las reglas de la carga de la prueba, asiente determinadas inferencias lógicas enderezadas a deducir la culpabilidad médica en el caso concreto (pp. 46 y 47).

Nótese que, aunque el artículo 177 del anterior Código de Procedimiento Civil (hoy Código General del Proceso) dispone que “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” (Colombia. Congreso de la República, 2012), la Corte señala que esto no se opone a que el juzgador dulcifique o suavice la referida carga probatoria, lo que se entiende como un razonamiento a contrario debido a que la Corte, a partir de un norma prohibitiva (que no permite prima facie, invertir la carga de la prueba) que regula el deber probatorio de la parte que alega la responsabilidad, extrae una norma implícita permisiva que termina por regular la carga dinámica de la prueba, permitiendo flexibilidad al juez de invertir esa carga cuando observe que el demandante no está en condición de probar.

Argumento Apagógico o de lo Absurdo

El argumento de lo absurdo, también conocido como apagógico, hace referencia a la hipótesis del legislador racional al momento de expedir o proferir las leyes. Esto quiere decir, que el legislador no produce normas absurdas, debido precisamente a su razonabilidad, de manera que, si la interpretación literal o declarativa de una disposición conlleva a un resultado absurdo, entonces no es procedente dicha

interpretación, sino una que resulte racional (Guastini, 1999). Ahora bien, es preciso resaltar que el concepto de lo que es racional puede ser objeto de controversia en cada caso concreto, pues aquel hace parte del mundo de lo subjetivo y, en ese sentido, no es absoluto.

Tomemos como ejemplo nuevamente el inciso primero del Artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que señala que: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” (Colombia. Congreso de la República, 2012). Dicho enunciado normativo fue objeto de interpretación por parte de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 5 de noviembre de 2013 (Rad. 2005-00025-01) extraído de la Sentencia SC-12947 de 2016, en la que se dijo:

Sin perjuicio de lo anterior, no se puede perder de vista, como también lo ha resaltado la jurisprudencia civil que, en relación con el *onus probandi*, es dable al juzgador aplicar criterios de flexibilización o racionalización probatoria en algunos supuestos excepcionales, atendiendo las circunstancias del caso concreto, v.gr., la regla *res ipsa loquitur*, la culpa virtual, o la presencia de un resultado desproporcionado, entre otros (CSJ SC, rad. 12947, 2016, p. 48)

Y más adelante, la misma sentencia continuó aseverando lo siguiente:

Igualmente, al respecto, es menester recordar que esta corporación, en el mencionado fallo de 30 de enero de 2001, ya destacó que: es precisamente en este sector del comportamiento en relación con las prestaciones debidas, donde no es posible sentar reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto, pues los habrá donde el *onus probandi* permanezca inmodificable, o donde sea dable hacer actuar presunciones judiciales, como aquellas que en ocasiones referenciadas ha tenido en cuenta la Corte, pero también aquellos donde cobre vigencia ese carácter dinámico de la carga de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba de los supuestos configurantes del tema de decisión... (CSJ SC, rad. 12947, 2016, p. 49).

La Corte dijo también que la carga de la prueba no puede regir de manera rigurosa o absoluta, en la medida en que de acuerdo a las cir-

cunstancias podrá variar tal obligación procesal, para exigir la prueba que se encuentre en poder de cada parte. De esta manera, con esta interpretación la Corte evidencia lo absurdo que pudiera ser la aplicación literal de la disposición contenida en el Artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, frente a situaciones de dificultad probatoria de la víctima (demandante).

Al hacer referencia a la facultad del juzgador frente a la aplicación de reglas de racionalización probatoria, respecto de la carga de la prueba, la Corte utiliza el argumento apagógico, en la medida que evidencia el absurdo que constituye la aplicación generalizada y absoluta de la regla tradicional de la carga probatoria (Colombia. Congreso de la República, 2012, Artículo 177) y, en consecuencia, la corporación apela al legislador racional para la flexibilización de dicha carga procesal a partir de la razón.

Argumento de Tipo Evolutivo

Las circunstancias o condiciones de tipo social, cultural, económico, entre otras, en las que tiene lugar cierta disposición jurídica y la norma contenida en ella, suelen sufrir cambios con el paso del tiempo, de tal suerte que, al haber cambios en las circunstancias históricas en la aplicación de una ley, también exige cambios en la forma en la que es interpretada de acuerdo al contexto histórico en el que se aplique.

La interpretación de la ley debe cambiar cuando cambien las circunstancias en las que la ley debe ser aplicada (Guastini, 1999, p. 51). Tengamos como ejemplo la lectura del Artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que, al tenor literal, reza: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” (Colombia. Congreso de la República, 2012).

Este enunciado, que hace referencia a lo que se conoce como la carga de la prueba, al ser interpretado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia objeto de análisis, ésta afirmó que el juzgador, de forma excepcional, es decir, sin que sea un criterio general probatorio, puede llegar a deducir presunciones de culpa del médico a partir (i) del uso

de la sana crítica (reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica) y las normas jurídicas o (ii) a partir de los indicios procesales de que habla el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil (en este punto también se percibe una interpretación sistemática que será abordada en líneas inmediatamente posteriores) o (iii) a partir de teorías foráneas como el principio *res ipsa loquitur*, o la culpa virtual o el daño desproporcionado. (CSJ SC, Rad. 12947, 2016. p.47)

Aunado a esto, la Corte continuó afirmando que:

Sin perjuicio de lo anterior, no se puede perder de vista, como también lo ha resaltado la jurisprudencia civil que, en relación con el *onus probandi*, es dable al juzgador aplicar criterios de flexibilización o racionalización probatoria en algunos supuestos excepcionales, atendiendo las circunstancias del caso concreto, v.gr., la regla *res ipsa loquitur*, la culpa virtual, o la presencia de un resultado desproporcionado, entre otros (CSJ SC, rad. 12947, 2016, p. 48).

Así las cosas, aquí también puede evidenciarse una interpretación de tipo evolutivo, en los términos del profesor Guastini, en la medida en que la Corte acude a teorías del derecho comparado que permiten dar respuesta a una necesidad de tipo procesal, respecto de la dinamización de la carga probatoria que está presente en el contexto actual del derecho colombiano.

Argumento de la Interpretación Sistemática

La interpretación de tipo sistemático es una de las técnicas más variadas, y consiste en poder deducir el alcance o significado de determinada disposición jurídica en razón a su ubicación en el ordenamiento jurídico, sin considerar dicha disposición de forma aislada, sino más bien en su conjunto de acuerdo con el contexto en el que se pretenda aplicar. En este sentido, Guastini (1999) argumenta:

(...) unas veces, en el sistema jurídico en su conjunto, más frecuentemente, en un subsistema del sistema jurídico total, es decir, en el conjunto de las disposiciones que disciplinan una determinada materia o

una determinada institución. El sistema jurídico y subsistemas que lo componen se conciben generalmente como conjuntos de normas coherentes (carentes de contradicciones o antinomias) y completos (carentes de lagunas) (pp. 43 y 44).

Ahora bien, como ejemplo insistiremos en el enunciado normativo procedimental: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia SC-12947 de 2016). Este enunciado normativo, al ser interpretado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 22 de julio de 2010 (Rad. 2000 00042 01), de acuerdo con una interpretación sistemática, mereció la siguiente aseveración:

Así, dependiendo de las circunstancias del asunto, se insiste una vez más, es posible que el juez, con sujeción a las normas jurídicas y de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) relativas a la culpa galénica; o que lo haga a partir de indicios endoprocesales derivados de la conducta de las partes (artículo 249 *Ibidem*); o que acuda a razonamientos lógicos como el principio *res ipsa loquitur* (como cuando se olvida una gasa o material quirúrgico en la zona intervenida, o se amputa el miembro equivocado, etc.); o teniendo en consideración la manifiesta anormalidad de las consecuencias del acto médico que deduzca una ‘culpa virtual’ o un ‘resultado desproporcionado (p. 47).

Es esta ocasión, de acuerdo con la disposición del Artículo 177 del CPC, si bien las partes deberán cumplir con la prueba de lo afirmado en la demanda y la respectiva contestación, hay que tener en cuenta que el juez podrá deducir indicios a partir de la conducta de las partes durante el proceso (Colombia. Congreso de la República, 2012, Artículo 249).

Aunado a lo anterior, en la sentencia objeto de análisis (Sentencia C-2947 de 2016 de la Corte Suprema de Justicia), la corporación afirmó que, del recorrido jurisprudencial realizado por la corporación, concluyó que en materia de responsabilidad civil médica (bien sea del galeno o del establecimiento hospitalario) la carga de la prueba

se encuentra en cabeza de la parte demandante, como regla inicial, sobre la base de la interpretación de los Artículo 1604 del Código Civil y artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

Empero la jurisprudencia ha dejado sentado que, de acuerdo a las circunstancias de cada caso concreto, será el operador judicial quien determine en cabeza de cuál parte procesal se encontrará la obligación de probar determinado hecho o situación específica, de acuerdo a sus mejores posibilidades respecto de la contraparte. (CSJ SC, Rad. 12947, 2016. p.50).

De esta manera, notamos la utilización de la interpretación sistemática en la medida en que se lleva a cabo una combinación de los artículos 1604 y 177 para fundamentar la existencia de una norma jurídica.

De la creación de normas jurídicas por la corte suprema de justicia respecto de la carga de la prueba en la responsabilidad civil médica

En el presente capítulo nos proponemos ahondar más en el tópico de las técnicas de interpretación jurídica y la argumentación esgrimida, analizando cómo es que la Corte Suprema de Justicia llega a la creación normativa de la carga dinámica de la prueba. Para dicho propósito observaremos las técnicas y los argumentos creadores de normas implícitas.

Así las cosas, daremos un breve repaso del concepto de prueba y carga probatoria, para posteriormente mostrar las técnicas de interpretación jurídica usadas por la Corte Suprema y los argumentos creadores de norma.

De la Prueba y la Carga Probatoria

La prueba es el medio procesal a través del cual una de las partes o, incluso el mismo director judicial, puede conocer la veracidad o falsedad de las aseveraciones respecto de los hechos acontecidos. Esto

quiere decir, que lo que se prueba durante un determinado proceso judicial no es el hecho como tal, sino más bien la afirmación de la existencia de tal hecho.

La prueba en el proceso judicial o administrativo es la piedra angular del iter mediante el cual se escruta en el pasado para conocer cómo ocurrieron los hechos y otorgar la protección efectiva al derecho o interés que se presenta. Esa naturaleza —construida a partir de la evolución, retroceso y confrontación del modelo anglosajón y continental europeo, desde la Edad Media hasta la posmodernidad y lo contemporáneo— presenta en la actualidad un punto de vital discusión.

Ciertamente, entre las propiedades “puras” del modelo inquisitivo y dispositivo, lo que puede hacer el juez en el ejercicio de la jurisdicción se cuestiona, porque actúa más allá de lo que estos modelos le definen (activismo judicial) o porque simplemente parece inactivo frente a lo que ocurre en su expediente –garantismo- (Yáñez-Meza y Castellanos-Castellanos, 2016, p. 565).

Ahora bien, en cuanto a lo que se entiende por carga procesal, estas son circunstancias determinadas por la legislación, significando una conducta no impositiva sino más bien potestativa, lo que implica que se encuentra en el agente la voluntad de hacer o no hacer. Eso sí, en caso de omisión de dicha carga, suele conllevar a consecuencias jurídicas normalmente desfavorables para el mismo agente como la pérdida del derecho debatido.

Como se ve, las cargas procesales se caracterizan porque el sujeto a quien se las impone la ley conserva la facultad de cumplirlas o no, sin que el Juez o persona alguna pueda compelerlo coercitivamente a ello, todo lo contrario de lo que sucede con las obligaciones; de no, tal omisión le puede acarrear consecuencias desfavorables. Así, por ejemplo, probar los supuestos de hecho para no recibir una sentencia adversa. (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-086 de 2016)

En el ordenamiento jurídico colombiano, antes de entrar en vigor el Artículo 167 de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), esto es, de acuerdo con el Artículo 177 del Código de Procedimiento Civil:

incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (...) (art. 177 del Código de Procedimiento Civil)

De acuerdo con lo anterior, la persona que inicia un proceso judicial, por ejemplo, para buscar una indemnización como consecuencia de lo que considera una mala práctica médica, de acuerdo con el referido Artículo 177, deberá aportar la prueba de sus afirmaciones en los hechos de la demanda, lo que en términos prácticos se conoce como la carga de la prueba, es decir, la obligación procesal que recae sobre una de las partes del proceso respecto del aporte de la prueba.

En ese sentido, el médico se encuentra en la obligación de poner en práctica los medios adecuados para lograr la recuperación de la salud del paciente, lo que no significa que el médico esté obligado a lograr un resultado favorable como tal, de manera que el resultado logrado dependerá de una serie de variables que no están en control de los galenos, sumadas al ejercicio de la medicina. Esto es, una obligación de medios, mas no de resultados “por ello, viene siendo tradicionalmente admitido que el paciente, cuando demanda a un médico, tenga que probar que el daño que alega fue producido por el facultativo” (Blas Orbán, 2003, p.212)

Y es que, en principio, puede parecer que es plenamente lógico e incluso justo que la persona que ha iniciado un proceso judicial contra un médico, en razón al ejercicio de su profesión, tenga que aportar desde el inicio del proceso las pruebas que sustentarán los hechos presentados en el libelo, pues, en palabras de Blas Orbán (2003):

Así, tradicionalmente, se establece un principio de justicia que impone a cada parte la carga de la prueba de sus afirmaciones. De esta forma, el demandante debe demostrar los hechos normalmente constitutivos del derecho reclamado y, una vez establecidos en el proceso, al sujeto pasivo incumbe la acreditación de aquellos otros que han impedido la constitución válida del derecho (hechos impeditivos) o la han paralizado o extinguido (hechos extintivos) (p. 216).

Ahora bien, cabe resaltar que en la actualidad se encuentra en vigor el Artículo 167 del Código General del Proceso, el cual llegó a dinamizar la carga de la prueba y, en consecuencia, a partir de su vigencia, el juez tiene la potestad de establecer, en determinada etapa procesal, cuál de las partes se encuentra en mejor situación para aportar cierta prueba en concreto y, por ende, dicha parte tenga la carga probatoria. Esto es lo que se conoce como carga dinámica de la prueba, y quedó plasmada en el segundo párrafo del referido artículo, así:

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Técnicas de Creación de Normas Implícitas

En el marco de la responsabilidad civil médica, para la Corte Suprema de Justicia ha sido importante determinar su alcance jurídico y estructura compositiva. De ahí que la Corte Suprema de Justicia (2016), trayendo a colación sentencias como la del 30 de enero de 2001 (Rad. 5507) y la del 13 de septiembre de 2002 (Rad. 6199), señalan lo siguiente:

(...) los presupuestos de la responsabilidad civil del médico no son extraños al régimen general de la responsabilidad (un comportamiento activo o pasivo, violación del deber de asistencia y cuidado propios de la profesión, que el obrar antijurídico sea imputable subjetivamente al profesional, a título de dolo o culpa, el daño patrimonial o extrapatri-

monial y la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento médico primeramente señalado) (CSJ SC, rad. 12947, 2016, p.38).

Justamente, la civil médica, es una especie de la responsabilidad profesional sujeta a las reglas del ejercicio de la profesión de la medicina, y cuando en cualquiera de sus fases de prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y control, se causa daño, demostrados los restantes elementos de la responsabilidad civil, hay lugar a su reparación a cargo del autor o, *in solidum* si fueren varios los autores, pues ‘el acto médico puede generar para el profesional que lo ejercita obligaciones de carácter indemnizatorio por perjuicios causados al paciente, como resultado de incurrir en yerros de diagnóstico y de tratamiento, ya porque actúe con negligencia o impericia en el establecimiento de las causas de la enfermedad o en la naturaleza misma de ésta, porque a consecuencia de aquello ordene medicamentos o procedimientos de diversa índole inadecuados que agravan su estado de enfermedad, o bien porque ese estado de agravación se presenta simplemente por exponer al paciente a un riesgo injustificado o que no corresponda a sus condiciones clínico- patológicas (CSJ SC, rad. 12947, 2016, p.38).

Recordemos que la Corte Suprema de Justicia realiza una interpretación en abstracto del enunciado: “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*” (Colombia. Congreso de la República, 2012, Artículo 177). La Corporación lleva a cabo su interpretación por medio de la Sentencia SC 12947-2016, anotando que:

En lo que hace al error de derecho denunciado, vinculado a la inversión de la carga de la prueba (Colombia. Congreso de la República, 2012, Artículo 177), es decir, como en el caso presente, a quien le corresponde asumir la acreditación del daño, la culpa y el nexo causal. Al demandante quien se declara víctima y, por ende, acreedor; o, al demandado, tildado de victimario y, por tanto, deudor. Particularmente la culpa como fundamento de la responsabilidad, situación que constituye el meollo del asunto analizado. Sobre el particular, la doctrina y la jurisprudencia no han sido constantes, aunque, en las últimas décadas se ha afianzado la tendencia de establecer ese compromiso según las circunstancias particulares del caso. (CSJ SC, rad. 12947, 2016, p. 44).

La Corte Suprema de Justicia comienza dejando por sentado la discusión jurisprudencial que se ha llevado a cabo respecto de la carga probatoria, particularmente en materia de responsabilidad médica, trasegando por diferentes regímenes probatorios.

Esto por cuanto, en una época la postura jurisprudencial de la Corte en estos asuntos giraba en torno al criterio tradicional de la carga probatoria únicamente en cabeza del accionante, para luego inclinarse por la inversión de la carga probatoria y retornando, en años siguientes, a la postura inicial, con algunos matices y excepciones. Es por eso por lo que la corporación anotó que actualmente la carga probatoria en materia de responsabilidad se establece según las circunstancias específicas, lo que, en otras palabras, se denomina carga dinámica de la prueba, dando entrada, desde el punto de vista argumentativo, a la creación de normas jurídicas.

Argumentos creadores de normas

Recordemos que la Corte Suprema de Justicia lleva a cabo una interpretación en abstracto del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, que señala: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” (Colombia. Congreso de la República, 2012). En ese orden, la corporación, interpretó que:

Por supuesto que, si bien el pacto de prestación del servicio médico puede generar diversas obligaciones a cargo del profesional que lo asume, y que atendiendo a la naturaleza de éstas dependerá, igualmente, su responsabilidad, no es menos cierto que, tratándose de la ejecución del acto médico propiamente dicho, deberá indemnizar, en línea de principio y dejando a salvo algunas excepciones, los perjuicios que ocasione mediando culpa, en particular la llamada culpa profesional, o dolo, cuya carga probatoria asume el demandante, sin que sea admisible un principio general encaminado a establecer de manera absoluta una presunción de culpa de los facultativos (sentencias de 5 de marzo de 1940, 12 de septiembre de 1985, 30 de enero de 2001, entre otras). (CSJ SC, rad. 12947, 2016, p. 46).

De acuerdo con este argumento, la Corte sostiene la interpretación que podríamos llamar tradicional de la carga de la prueba, respecto del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con el cual el demandante debe probar lo que afirma en su demanda. Es decir, que “en línea de principio” esa puede ser la comprensión de la norma contenida en dicha disposición, a partir de una interpretación declarativa o literal. Sin embargo, esa interpretación no es excluyente de la posibilidad de entender que frente a ciertas situaciones puede darse una dinámica distinta, de ahí que la Corte Suprema de Justicia (2016) continuó diciendo que:

Empero, a esa conclusión no se opone que el juez, atendiendo los mandatos de la sana crítica y mediante diversos procedimientos racionales que flexibilizan el rigor de las reglas de la carga de la prueba, asiente determinadas inferencias lógicas enderezadas a deducir la culpabilidad médica en el caso concreto (p. 46 y 47).

Nótese que la Corte Suprema utiliza en esas líneas un argumento de tipo “A contrario” en una dimensión constructiva, como parte de una interpretación de tipo extensivo, en la medida en que se reconoce el sentido literal del Artículo 177, según el cual le corresponde al demandante probar aquellas afirmación que alega, pero que aquello no se opone a que se reconozca la existencia de algunos casos que, por la dificultad probatoria del demandante, generen un dinamismo o inversión en la carga de la prueba.

De tal suerte que, aunque, en principio, la Corte Suprema de Justicia colombiana (2016) reconoce el sentido declarativo del texto normativo en el sentido del concepto tradicional de carga probatoria, lo cierto es que continúa atacando una interpretación meramente literalista al decir que:

En efecto, como quiera que es posible que una rigurosa aplicación de la disposición contenida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil puede aparejar en este ámbito el fracaso de la finalidad reparadora del régimen de la responsabilidad civil, particularmente, por las dificultades probatorias en las que se puede encontrar la víctima, no es insensible la Corte ante esa situación, motivo por el cual asienta que, te-

niendo en consideración las particularidades de cada caso en concreto, lo que repele indebidos intentos de generalización o de alteración de los principios y mandatos legales, y en la medida que sea posible, puede el juez acudir a diversos instrumentos que atenúan o “dulcifican” (como lo denominan la doctrina y la jurisprudencia españolas) el rigor del reseñado precepto (CSJ SC, rad. 12947, 2016, p. 47).

Fácil resulta encontrar en las anteriores palabras un argumento de tipo teleológico, pues lo que señala la corporación es que la aplicación literalista de la disposición contenida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, atentaría con la finalidad reparadora del sistema de responsabilidad civil, pues atendiendo precisamente a la finalidad para la que fue creado dicho régimen, debe buscarse la extensión de una interpretación que permita alcanzar los objetivos o fines planteados, pues de otra manera no se cumplirían los mismo.

De tal suerte que el argumento teleológico conspira con el denominado argumento a contrario para llevar a cabo una interpretación de tipo finalista de bajo la lógica de una interpretación extensiva, todo para la construcción normativa de la carga dinámica de la prueba.

Ahora bien, cuando la Corte resalta no ser insensible ante las situaciones de dificultad probatoria para la parte demandante y, en consecuencia, considerar procedente la atenuación de la carga probatoria, está acudiendo a sentimientos de justicia, propios de los juzgadores que profieren la providencia, encontrando aquí un argumento de equidad, en el que busca que no se rompa el criterio de justicia para alcanzar cierto estándar de igualdad y lograr la expedición de fallos igualitarios en términos jurídicos que no afecten la igualdad ante la justicia.

Pero, además de ampararse en el argumento finalista y de justicia y equidad, la Corte Suprema de Justicia (2016) lleva a cabo también un argumento que rechaza la idea de una norma irracional o absurda proferida por el legislador:

Sin perjuicio de lo anterior, no se puede perder de vista, como también lo ha resaltado la jurisprudencia civil que, en relación con el *onus pro-*

bandi, es dable al juzgador aplicar criterios de flexibilización o racionalización probatoria en algunos supuestos excepcionales, atendiendo las circunstancias del caso concreto, v.gr., la regla *res ipsa loquitur*, la culpa virtual, o la presencia de un resultado desproporcionado, entre otros (cfr. Cas. Civ. Civ. 30 de enero de 2001, exp. 5507, 22 de julio de 2010, exp. 41001 3103 004 2000 00042 01, y de 30 de noviembre de 2011, exp. 76001-3103-002-1999-01502-01) (CSJ SC, rad. 12947, 2016, p. 48).

En ese párrafo, la Corte lleva a cabo un argumento de tipo apagógico, es decir, que rechaza lo absurdo, en la medida en que hace referencia directa a la racionalización del juzgador al momento de interpretar la disposición, pues de acuerdo con el argumento apagógico, el legislador –como ser racional– no profiere disposiciones o normas no racionales o simplemente absurdas. Es decir, que una interpretación literal del Artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, no correspondería al criterio de racionalidad en determinados casos concretos y reconoce que el legislador no puede haber expedido una norma absurda.

Hipótesis del legislador racional y argumento a partir de los principios generales del derecho

Recordemos que la hipótesis del legislador racional hace referencia al argumento apagógico, según el cual el legislador no puede profiere leyes absurdas o irracionales, toda vez que se parte del punto que el legislador es un ser racional y, por ende, las leyes que profiere son igualmente razonables.

Así pues, la Corte Suprema de Justicia (2016) en la sentencia objeto de análisis dijo:

Igualmente, es menester recordar al respecto que ya esta corporación, en el mencionado fallo de 30 de enero de 2001, destacó que es precisamente en este sector del comportamiento en relación con las prestaciones debidas, donde *no es posible sentar reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto*, pues los habrá donde el *onus probandi* permanezca inmodificable, o donde sea dable hacer actuar presuncio-

nes judiciales, como aquellas que en ocasiones referenciadas ha tenido en cuenta la Corte, pero también aquellos donde cobre vigencia ese carácter dinámico de la carga de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba de los supuestos configurantes del tema de decisión. Todo, se reitera, teniendo en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (*lex artis*) (pp. 48-49).

En este argumento se evidencia la presencia de la hipótesis del legislador racional en la medida en que señala la imposibilidad de sentar reglas absolutas en sede de la culpa, puesto que se hace necesario observar el caso concreto a resolver. Y es ahí, donde el argumento apagógico conspira con el argumento de los principios generales, el cual es utilizado para colmar eventuales lagunas del ordenamiento jurídico, para indicar que la interpretación literalista de la disposición sería contraria con los principios generales tan importantes como la justicia y la equidad, pues señala la aplicabilidad del artículo 177 procesal en su dimensión tradicional de la carga de la prueba, pero también propone extender la interpretación de dicha disposición a situaciones en las que cambie la carga probatoria, a razón a la dificultad probatoria de la parte demandante, haciendo dinámica dicha carga procesal, dado que justamente los principios en abstracto definen el sentido de una disposición.

Entonces, la conspiración argumentativa consiste en que, de acuerdo con el argumento apagógico, el legislador no dicta leyes absurdas y, en esa medida, el legislador, al ser racional, supone que el sentido del Artículo 177 del anterior Código de Procedimiento Civil (hoy Código General del Derecho), debe entenderse bajo la lógica de los principios de equidad y de justicia, pues su interpretación literal sería injusta y poco igualitaria en relación con la parte que debe probar, pero que no se encuentra en la capacidad de hacerlo.

Conclusiones

Después de haber realizado el análisis del discurso de la Corte Suprema de Justicia, podemos concluir que las discusiones llevadas a cabo a nivel jurisprudencial pueden terminar en reformas tangibles de leyes de la República, pues frente a la carga de la prueba en materia de responsabilidad médica es menester señalar que dicha figura jurídico-procesal ha sido objeto de múltiples pronunciamientos por parte de la Corte Suprema de Justicia, dando lugar a conceptos diferentes como la carga dinámica de la prueba, figura jurídico-procesal que ya en la actualidad se encuentra plasmada en el artículo 167 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012).

Aunado a lo anterior, se puede evidenciar igualmente el carácter evolutivo del derecho, en la medida en que la Sentencia SC 12947-2016 de la Corte Suprema de Justicia deja ver una postura jurisprudencial que es producto la discusión jurídica en años anteriores, consolidando la figura de la carga dinámica de la prueba a partir de las necesidades sociales de la época en un contexto determinado.

El análisis jurisprudencial realizado es una muestra que plantea una plena coincidencia con teorías como la del derecho viviente expresada por Norberto Bobbio (1982) o la de los sistemas jurídicos dinámicos de Hans Kelsen (1992), en la medida en que el ordenamiento jurídico no está petrificado en las fuentes formales del derecho, en este caso, la ley, sino que el intérprete va haciendo que los sistemas jurídicos vayan cambiando, al realizar interpretaciones de construcción jurídica que conllevan a generar normas en la aplicación frente a casos concretos.

Ahora bien, para la responsabilidad médica civil la presente investigación implica la identificación de los distintos argumentos jurídicos y técnicas de interpretación expresados por la Corte Suprema de Justicia, a partir de las cuales tiene nacimiento la carga dinámica de la prueba, lo que, en cierto sentido, sirve para explicar la genealogía jurídica de un paradigma probatorio que tiene lugar en el campo de la responsabilidad médica.

Bibliografía

- Blas, C. (2003). *Responsabilidad profesional del médico*. Barcelona: J.M. Bosch Editor.
- Bobbio, N. (1992). *Teoría general del Derecho*. Madrid: Editorial Debate S.A.
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-086 de 2016, (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio: 24 de febrero de 2016).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC 12947-2016, (M.P. Margarita Cabello Blanco: 15 de septiembre de 2016).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC 13 de septiembre de 2002, Rad. n°. 6199, (M.P. Nicolás Bechara Simancas).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC 22 de julio 2010, rad. 2000 00042 01, (M.P. Pedro Octavio Munar Cadena).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC 5 de noviembre 2013, rad. 2005-00025-01, (M.P. Arturo Solarte Rodríguez).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC de 30 de enero de 2001, rad., n° 5507, (M.P. José Fernando Ramírez Gómez).
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC15746-2014, (M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez: 14 de noviembre de 2014).
- Gómez, D. L. (2018) *El principio de inmediatez en la acción de tutela. Los argumentos de la interpretación*. Cali: Universidad Santiago de Cali y Diké, 2ª ed.
- Guastini, R. (1995). *En torno a las normas sobre la producción jurídica. Analisi e diritto*.
- Guastini, R. (1999). *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma De México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1ª ed.
- Guastini, R. (2011). *Derechos Implícitos. Observatorio de Argumentación Jurídica*, DOXA, Universidad de Alicante, 2-5.

Guastini, R. (2014). *Interpretar y Argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Jurisprudencia:

Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del Derecho*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Tarello, G. (2013). *La interpretación de la Ley*. Lima: Palestra Editores.

Yañez-Meza, D. A. y Castellanos-Castellanos J. A. (2016). El derecho a la prueba en Colombia: aspectos favorables y críticos de la reforma del Código General del Proceso en el derecho sustancial y procesal. *Vniversitas*, (132), 561-610.

La Responsabilidad Jurídica del Cirujano en el Manejo Quirúrgico de la Disforia De Género

The Legal Liability of The Surgeon in the Surgery of Gender Dysphoria

Julián Cohen Ríos

Médico

Egresado Maestría en Derecho Médico

Universidad Santiago de Cali

Correo: juliancohen@hotmail.com

Orcid: <https://orcid.org/0009-0007-0599-3821>

Juliana Sinisterra Quintero

Profesora

Universidad del Valle

Correo: juliana.sinisterra@correounivalle.edu.co

ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-1000-6748>

Resumen

En el contexto colombiano existen especialidades que por vía jurisprudencial son catalogadas en sí mismas, de forma *a priori* como obligaciones de resultado, encuadrándose así en un régimen objetivo de responsabilidad, es así como la Sentencia C-7110 del 5 de noviembre de 2013 de la Corte Suprema de Justicia, indica que al encontrarse en

Cita este capítulo / Cite this chapter

Cohen Ríos, J. y Sinisterra Quintero, J. (2024). La Responsabilidad Jurídica del Cirujano en el Manejo Quirúrgico de la Disforia De Género. En: Marín Ordoñez, J. y Rincón Andreu, G. (ed. científicos). *Retos y Perspectivas del Derecho Médico*. (pp. 205-250). Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali.

el caso de cirugía plástica con un cuerpo sano, se entiende que el deudor tiene todo bajo su control y por ello se cumplirá con la prestación prometida, muy a pesar de que existen casos en los que este tipo de especialidades pueden desarrollar actividades que alejados del fundamento de la medicina satisfactiva forman parte del tratamiento integral de una condición clínica, como lo es la disforia de género. Esta investigación tiene por objeto determinar la responsabilidad jurídica del cirujano en el manejo de la disforia de género a partir de los criterios de la responsabilidad civil y el régimen legal aplicable según la perspectiva teórica del profesor Javier Tamayo Jaramillo. Haciendo uso de un enfoque cualitativo a través del análisis documental y estudio de casos propuesto por Daniel Bertaux, pretende estudiar las sentencias de la corte constitucional en el periodo comprendido entre 2012 - 2020 que versen sobre disforia de género, para validar el reconocimiento de procedimientos quirúrgicos como parte del manejo integral de esta condición, para posteriormente hacer un estudio de la responsabilidad aplicable a los perjuicios derivados de su manejo.

Palabras clave: Responsabilidad civil médica, responsabilidad objetiva, disforia de género.

Abstract

In the Colombian context there are specialties that by jurisprudential means are cataloged in themselves, a priori as obligations of result, thus framing them in an objective regime of responsibility, this is how the SC7110 judgment of November 5, 2013 indicates that when In the case of plastic surgery with a healthy body, it is understood that the debtor has everything under his control and that is why the promised benefit will be fulfilled, despite the fact that there are cases in which this type of specialties can develop activities that are remote of the foundation of satisfactory medicine are part of the comprehensive treatment of a clinical condition, such is the case of the specialty in plastic surgery in the scenario of the patient with gender dysphoria. This research aims to determine the legal responsibility of the health

professional in the management of gender dysphoria based on the criteria of civil liability and the applicable legal regime according to the theoretical perspective of Professor Javier Tamayo Jaramillo. Using a qualitative approach through the documentary analysis and case study proposed by Daniel Bertaux, he intends to study the sentences of the constitutional court in the period between 2012 - 2020 that deal with gender dysphoria, to validate the recognition of surgical procedures as part of the comprehensive management of this condition, coupled with the scientific foundation supported by the current clinical practice guidelines on the matter, to later carry out a study of the responsibility applicable to them.

Keywords: Medical civil liability, strict liability, gender dysphoria.

Introducción

La responsabilidad en materia médica es un tema que cada día adquiere más relevancia como consecuencia de los avances científicos que ponen a disposición de la humanidad investigaciones de gran envergadura para el diagnóstico, tratamiento y prevención de las diferentes patologías en aras de lograr el mejoramiento de la calidad de vida del hombre.

Los avances en materia de salud permiten incrementar las exigencias en cuanto a calidad del servicio prestado, esto gracias a los grandes recursos que se ponen a disposición del personal de la salud en apoyo de su actuar profesional.

La inconformidad de los usuarios ante las fallas en la prestación del servicio médico acarrea la atribución de responsabilidades, exigiendo del aparato judicial herramientas para determinar la clasificación de las obligaciones exigibles, que finalicen con la correcta imputación de las mismas (Vigil, 2004, p. 104).

Resulta entonces necesaria la valoración de la actuación del galeno, en aras de establecer su responsabilidad en la comisión del daño, ini-

cialmente se somete a un sistema culpabilista¹⁸ que en teoría se desarrolla en Colombia de forma general, donde se busca la concurrencia del actuar negligente, imprudente o imperito para derivar la responsabilidad (Parra, 2014, p. 36).

Ahora, dentro de las obligaciones con las que contractualmente se enfrenta el profesional de la salud tenemos que, en general, la doctrina y jurisprudencia las cataloga como obligaciones de medio, toda vez que el galeno se espera una actuación ajustada a las guías de práctica clínica que sobre la patología específica se encuentren vigentes; y no un resultado específico como el lograr que el paciente sane, debido a que esta obligación resulta casi imposible de garantizar al tener de presente que el objeto o elemento material de esta disciplina es un organismo vivo, que dada su naturaleza fisiológica reacciona de manera autónoma.

En Colombia por parte de los altos tribunales se ha dado vía libre, en ciertos casos, a la valoración de la responsabilidad médica bajo un régimen de responsabilidad objetiva, por lo que solo bastaría la demostración de la existencia del daño para la imputación de la misma, y con esto exigir su resarcimiento.

Existen entonces especialidades médicas que por vía jurisprudencial se catalogan de forma a priori como obligaciones de resultado, encuadrándose así en un régimen objetivo de responsabilidad, tal es el caso de la medicina nuclear, radiología o cirugía plástica, esta última será el centro de la presente investigación, buscando en ella la necesidad de esclarecer los criterios de esta clasificación.

Uno de los fundamentos de la objetivación de la responsabilidad en esta especialidad médica es el hecho de alejarse del fin esencial de este campo de estudio, por cuanto no se centra en la curación o manejo de una patología preexistente; por el contrario, la cirugía estética busca satisfacer un deseo, una vanidad, sin la existencia de patología pre-

18 La teoría general de la responsabilidad civil en Colombia tanto en la esfera contractual como extracontractual se basa en torno a la culpa; es decir, que el elemento subjetivo es determinante a la hora de establecer el cumplimiento de las obligaciones y tasar la indemnización a la que haya lugar, dado que esta estará sujeta a la existencia de daños previsibles (Sentencia C-1008 de 2010)

via. Esta distinción entre lo que se denomina como medicina curativa y medicina satisfactiva¹⁹, hace atribuible ya no una obligación de medios como lo presentan las profesiones liberales; sino, una obligación de resultados, por cuanto ofrece un resultado puntual, con unas características determinadas, que puede llegar a ser reproducible.

La anterior concepción tomada de forma tajante olvida el estudio de caso en el que estas mismas especialidades pueden llegar a desarrollar actividades que alejados del fundamento de la medicina satisfactiva forman parte de tratamientos específicos para determinadas condiciones clínicas. Con base en estas circunstancias, la Corte Constitucional a través de la Sentencia T- 771 de 2013 y reafirmado por la Sentencia T-421 de 2020 muestra una postura en defensa de la finalidad de la mamoplastia como manejo en el contexto de una reafirmación sexual de un paciente con disforia de género, otorgando una finalidad que trasciende más allá de lo estético, reconociendo un carácter funcional al lograr con ello el reafirmar la feminidad como elemento esencial de su identidad y con este la garantía del derecho fundamental a la salud en sentido integral.

Para el desarrollo del tema planteado se mostrará en un primer momento, un reconocimiento de los conceptos fundamentales para el abordaje integral de la disforia de género, su diagnóstico y manejo, enfatizando en el procedimiento quirúrgico como tratamiento definitivo, partiendo desde el reconocimiento por parte del Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-V), su diagnóstico con fundamento en los criterios establecidos por el mismo manual, manejo psicológico, hormonal y por último la derivación quirúrgica.

Posteriormente se identifican las características y criterios de imputación de responsabilidad civil aplicada al acto quirúrgico de la disforia de género con el desarrollo conceptual de los factores determinan-

¹⁹ La medicina satisfactiva supone la motivación meramente voluntaria del paciente, pues este no acude ante la presencia de padecimiento patología preexistente, persiguiendo entonces fines estéticos o la modificación de una actividad biológica, tal es el caso de la actividad sexual (España. Tribunal Supremo. Sentencia 877 de 1997, como cita Tena, E., Azparren, A., Donat, E., 2013, p. 163)

tes para la imputación de responsabilidad, se valora la probabilidad de obtención del resultado pactado, el acuerdo de voluntades y la finalidad de la atención como soporte de la clasificación de Demogue.

Finalmente, con el soporte conceptual se plantea el régimen de responsabilidad aplicable a los perjuicios derivados del manejo quirúrgico de la disforia de género con fundamento en el fin perseguido, haciendo un análisis desde la mirada de obligación de resultado contrastado con la obligación de medios.

Metodología

Este trabajo es producto del proyecto de investigación realizado durante el desarrollo de la Maestría en Derecho Médico, con un enfoque cualitativo a través del análisis documental y estudio de casos propuesto por Daniel Bertaux, se pretende estudiar las sentencias de la corte constitucional en el periodo comprendido entre 2012 – 2020 que versen sobre disforia de género, para validar el reconocimiento de procedimientos quirúrgicos como parte del manejo integral de esta condición, aunado al fundamento científico soportado en las guías de práctica clínica vigente sobre la materia, para posteriormente hacer un estudio de la responsabilidad aplicable a los mismos. Este trabajo tiene por objeto el determinar la responsabilidad jurídica del profesional de la salud en el manejo de la disforia de género a partir de los criterios de la responsabilidad civil y el régimen legal aplicable según la perspectiva teórica del profesor Javier Tamayo Jaramillo.

De la Disforia de Género y su Protocolo de Atención

El abordaje de la disforia de género en el contexto actual resulta de gran relevancia en momentos en los que las teorías de género han trascendido el orden establecido, logrando eco en el imaginario social, sustrayendo la idea de la patologización de las variaciones de género, permitiendo una mayor aceptación de las diferentes posiciones, con la oportunidad de una vida fuera de la segregación de un trastorno psiquiátrico.

Para la psiquiatría el planteamiento de temas como el transexualismo son posteriores a la exclusión de la homosexualidad como diagnóstico, en búsqueda de la despatologización de la misma, es incluido el término transexualismo en 1975 en la Clasificación Internacional de las Enfermedades y Trastornos relacionados con la Salud Mental (CIE-9), realizada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), posteriormente se incluye este término en el Manual Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales (DSM-III) dentro de una categoría de desviaciones sexuales, en una nueva versión del DSM III-R se abarcan los “trastornos de inicio en la infancia, niñez o adolescencia”, en la versión cuarta de este mismo manual en el 1994 se cambia el término por “trastorno de identidad de género” incluido dentro de la categoría “trastornos sexuales y de identidad de género”, no es sino hasta 2013 que este manual acoge el término de disforia de género en su versión quinta y el CIE-11 en 2018 los maneja como “incongruencia de género”.

El DSM-V (2013) trae consigo los criterios para el diagnóstico de la “disforia de género” en adultos y adolescentes, marcando como base la presencia de incongruencia entre el sexo asignado y el sentido, sumado a un malestar clínico significativo o deterioro en el ámbito social, laboral, u otras esferas. La clasificación dependerá de los antecedentes del paciente, si este fue el resultado de un trastorno del desarrollo sexual o si por el contrario obedece a una transición por tratamiento quirúrgico de reasignación u hormonal.

El CIE-11 (2018) aborda los criterios para el diagnóstico de la “incongruencia de género en adultos y adolescentes”, identificando dos puntos fundamentales, la incongruencia marcada y persistente entre género experimentado y el género asignado y, por otro lado, adiciona que no puede ser diagnosticado antes del inicio de la pubertad, sustentando además, que las variaciones en el comportamiento y las preferencias no son patognomónicas o no son fundamento suficiente para establecer un diagnóstico.

Para la adecuada comprensión del tema a tratar, resulta importante la aclaración de tres conceptos pilares como lo son el sexo, género y

orientación sexual, herramientas con las que podemos diferenciar las variantes objeto de análisis.

Cuando se habla de sexo, nos remitimos necesariamente al proceso biológico que permite la diferenciación genotípica o información genética y fenotípica o características producto de la expresión del genotipo; es decir, hablamos de una dimensión biológica, y puede ser identificado al nacimiento sin más que la diferenciación de los genitales.

Entre las variantes existente encontraremos el masculino y femenino, aunado a un grupo de alteraciones genéticas u hormonales, donde se presenta ambigüedad en la expresión del aparato genital, hoy llamado intersexualidad o mayormente identificado anteriormente como hermafroditismo, secundario a patologías como la hiperplasia suprarrenal, disgenesia gonadal o síndrome de insensibilización a los andrógenos (Lamas, 2000).

La orientación sexual se enfoca hacia una dimensión motivacional, la atracción emotiva, afectiva y erótica, esta brinda información sobre la dirección de sus deseos, encontrando el heterosexual, bisexual, pansexual, asexual, homosexual, la orientación no es determinante en la formación de la identidad de género, es por esto que en la presente investigación no se aborda esta definición (Laplanche, 2006).

La identidad de género aborda una dimensión social, es una producción socio-psico-cultural del sexo, esta se puede catalogar como la introspección del individuo (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-918, 2012), como se percibe y como puede identificarse con una u otra denominación sin importar el sexo asignado, y como resultado de la misma observaremos el Cisgénero en donde existe una congruencia entre identidad de género e identidad sexual, el transgénero donde esta introspección resulta incongruente con el sexo biológico, del mismo modo encontramos otras denominaciones como es el caso del género queer que en cierto modo pasa a ser una oposición política a la categoría binaria, o el género fluido donde encontramos esa persona que no logra una identificación completa con la lógica binaria y se permite la transición entre un género y otro (Lamas, 2000).

Dentro de estos conceptos es posible incluir además la expresión de género como el resultado del fenotipo del individuo, los rasgos físicos que socialmente permitirá la identificación o clasificación en la lógica binaria, encontramos entonces características fenotípicas masculinas, femeninas, y por último andróginas, donde sus características no corresponden definitivamente con el sexo biológicamente asignado, presentando rasgos de ambos grupos.

La Corte Constitucional en Sentencia T-063 de 2015 define la identidad de género como esa experiencia interna e individual del género, es el sentir de individuo que puede corresponder o no con lo asignado al nacer, incluye, además, la vivencia personal y su expresión a través de la modificación de la apariencia y registro civil (Colombia. Corte Constitucional, T-063, 2015).

El enfoque que cobra vigencia en la práctica médica en general es la medicina basada en la evidencia, la cual es el resultado del avance científico que ha permitido la investigación en esta rama, llenando de gran cantidad de información y teorías sobre el abordaje y tratamiento de las diferentes patologías, la medicina basada en pruebas exige la demostración de una hipótesis a través de la experimentación que hace necesaria la superación de determinadas fases que en última instancia dan fiabilidad a lo expresado, permitiendo establecer un filtro a la gran cantidad de información disponible a raíz de la globalización de la información (Guyatt, y Rennier, 2002 como se citó en Pinzón, 2010, p. 4).

A nivel internacional organizaciones como la Asociación mundial para la salud transgénero (WPATH por su nombre en inglés World Professional Association for Transgender Health) promueven la implementación de Normas de atención (NDA) para la salud de personas Trans y con variabilidad de género donde se incluye la patología común, así como el acompañamiento en el tránsito hacia el confort de su apariencia con su identidad de género, donde abordan un manejo multidisciplinario desde consejería, acompañamiento psicoterapéutico, endocrinológico hasta la derivación quirúrgica.

Los datos aportados en las normas de atención de la WPATH son desarrollados en el ámbito europeo, y americano; sin embargo, los lineamientos son generales y permiten la articulación con instrumentos locales que focalicen en el territorio o población objeto de aplicación, lo anterior bajo el entendido de la variabilidad en las realidades sociales que desempeñan un papel fundamental en la exteriorización y evolución del tránsito hacia el cambio deseado.

Con el adecuado estudio de los conceptos anteriormente planteados logramos una diferenciación que en muchos casos puede ser objeto de discriminación por desconocimiento, es el caso de la variabilidad de género, caso en el que contrario a la disforia se acepta el género biológico; sin embargo, se distancia del concepto que social y culturalmente se identifica a este grupo (WPATH, 2012, p. 4-5).

En el contexto colombiano no se cuenta con una guía de práctica clínica específica para el manejo de la disforia de género, esta realidad es vista por una parte de los profesionales como falta de iniciativa e interés hacia la inclusión de esta población limitando el acceso a los servicios de salud que requieren, bien por el desconocimiento del enfoque de este tipo de pacientes o por la no existencia de recursos que mejoran la atención prestada a esta población²⁰ (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-771, 2013).

En contraste se presenta la posición de grupos de activistas que han tenido como eje del cambio la despatologización y con ello la no inclusión de esta dentro de las diferentes categorizaciones al no tratarse de una enfermedad, viéndolas como una amenaza al legalizar la segregación de los grupos minoritarios al considerarlos apartados del concepto de normalidad (Tamara, 2013).

20 La literatura médica en materia de disforia de género no tiene gran abordaje, la multidisciplinariedad que caracteriza esta condición ha llevado al desarrollo de guías de práctica clínica específicas para las disciplinas intervinientes basadas en recomendaciones internacionales; sin embargo, no existe un consenso en la materia y persisten vacíos en cuanto a temática (Gómez, et al. 2020, p. 273). Para el caso colombiano se han desarrollado guías enfocadas hacia la experiencia personal para el acceso a los servicios de salud; empero, esta se limita a lo vivencial y no abarca aspectos técnicos que direccionen el actuar clínico del profesional, además de ser genéricas para personas trans y no específicas para el paciente con DG. (Colombia. Secretaria de Salud de Bogotá, 2021)

Categorización de la Disforia de Género Según el DSM-V

Con la actualización del 18 de mayo de 2013 se presenta un cambio en la concepción del trastorno de identidad de género, pues a partir de esta edición el manual orienta a la diferenciación del transgénero y lo que ahora denomina como disforia de género, radicando dicha diferenciación en que el primero obedece a una identificación con un género distinto al biológicamente asignado, no quiere decir esto que signifique un padecimiento del individuo, caso distinto es la disforia, donde como bien su nombre lo dice, si bien existe esta discordancia antes mencionada también se suma la presencia un estado de malestar, ansiedad, que lo llevan al rechazo a si mismo (Georgiopoulos, 2018).

Ahora vemos que el cambio obedece al llamado de las diferentes organizaciones de derechos humanos como WPATH que piden por la despatologización de esta condición, cosa que se ha logrado al ver el recorrido histórico del abordaje de la misma, ahora bien, es posible afirmar que hoy por hoy se categoriza en el manual únicamente la presencia de disforia ante la incongruencia, no la mera incongruencia; en otras palabras, se manejan las consecuencias de la no conformidad con el género asignado al nacer que puede tener gran repercusión manifestándose con marcado malestar de estados cognitivos afectivos.

Acto médico en el abordaje de la disforia de género:

El acto de los profesionales de la salud como lo regula el Artículo 26 de la Ley 1164 de 2007 modificado por el Artículo 104 de la Ley 1438 de 2011 da una mirada más amplia a lo antes denominado acto médico, pues hace inclusión de cada uno de los profesionales que intervienen en el proceso de atención del paciente, definiéndolo como “conjunto de acciones orientadas a la atención integral de salud, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerla” (Colombia. Congreso de la República, 2011). Por otro lado, también es definido como:

el hecho del hombre específicamente capacitado en esta ciencia, que acarrea consecuencias porque se realiza voluntariamente y tiene como “objeto” la vida o la salud de otro hombre (paciente), de manera que el resultado del actuar del médico siempre tendrá que ver con la ley, por incidir sobre un “sujeto de derechos”; por afectar los derechos de otro hombre que se ha puesto en sus manos (Guzmán et al., 1994, p. 265).

Para el caso particular del paciente con disforia de género la atención es completamente multidisciplinaria, pues es menester el acompañamiento en el proceso de transición que va desde la atención inicial a través de los diferentes medios de puerta de entrada al sistema, tal es el caso de la consulta inicial por medicina general o psicología, donde el paciente manifiesta indicios de la presencia de discomfort con su género, hasta la misma derivación quirúrgica y atención posquirúrgica.

Para lograr una buena experiencia en el proceso de atención se hace necesaria la existencia de una adecuada preparación por parte de las instituciones prestadoras y el personal para la atención con enfoque diferencial que den respuesta a las necesidades de esta población, disminuyendo o eliminando las barreras de acceso que pueden presentarse en ocasión de la segregación o negación de servicios de la que pueden ser objeto ante la no existencia de una patología preexistente.

Este grupo interdisciplinar estará conformado por profesionales del área de la salud como psicólogos, terapeutas ocupacionales y médicos que acompañan al paciente a transitar en diferentes procesos del manejo actualmente establecido para este caso, el que se fundamenta en 4 puntos principales, para el desarrollo de los mismos se expondrá el caso de Nikita Dupuis-Vargas, hombre transgénero de 37 años de edad quien manifiesta que desde niño se ha identificado con el género masculino, el caso fue tomado de la Sentencia T-236 de 2020:

- i. Consulta puerta de entrada: En primer lugar, en la consulta inicial ante la identificación de características sugestivas se hace necesaria una valoración psicológica en pro de establecer un diagnóstico veraz y la consiguiente psicoterapia; sin embargo, cabe anotar que desde la séptima versión de los

Estándares de cuidado de la WPATH donde se incluye la DG se habla de la eliminación de la psicoterapia como requisito del proceso de atención, por lo que el acompañamiento por parte del profesional de la psicología o psiquiatría se enfocará en apoyar a su paciente durante la transición, dado que en muchos casos es posible que el individuo atraviese diferentes cambios adaptativos que pueden nublar el normal desarrollo de su vida cotidiana.

Para el caso del señor Dupuis-Vargas este proceso inicia en el año 2012 donde consulta al médico de su administradora de planes de beneficios en salud (en adelante APBS), quien ordena valoración por parte de Psiquiatría, por lo que es atendido en la Clínica Nuestra Señora de la Paz, donde es diagnosticado con “trastorno de identidad de género”.

Con la determinación del individuo a continuar en este proceso de transición se inicia lo que se denomina como prueba de vida en el papel deseado, en este punto lo que se busca es la experimentación del paciente tomando el rol esperado en sociedad, lo que ayuda a reafirmar o identificar falencias en dicha elección para posteriormente poder continuar con procedimientos que lleven a cambios físicos; empero, la séptima versión de los Estándares de cuidado de la WPATH eliminan totalmente este paso; sin embargo, sigue siendo de uso en Colombia.

Este último punto no fue necesario en el caso objeto de estudio por el hecho de que el accionante siempre desempeñó en sociedad el rol con el que se identifica.

- ii. Manejo endocrinológico: Posterior a los trámites administrativos respectivos el señor Dupuis-Vargas recibió valoración por parte de la especialidad en Endocrinología quien ordena *tratamiento de hormonización* con el objeto de ayudar a la supresión de la hormona sexual predominante de acuerdo sea el sexo biológicamente asignado, lo que lleva a la adquisición de características fenotípicas del sexo opuesto. (Moreno y Esteva, 2012, p. 368).

- iii. Derivación quirúrgica: Para el 13 de febrero de 2017 es valorado por la especialidad en Cirugía Plástica con indicación de *mamoplastia reductora por ginecomastia*, para el 31 de marzo del mismo año fue valorado por ginecología con orden de histerectomía abdominal con ooforectomía las cuales persiguen lograr modificaciones corporales que ayudan con la reafirmación de su género.

Ante la negativa por parte de la APBS a autorizar los procedimientos por no encontrarse estos dentro del plan básico de salud (en adelante PBS) se decide instaurar acción de tutela donde no le es tutelado el derecho invocado, por lo que decide de forma particular la realización de los procedimientos en mención; sin embargo, para el año 2020 la Corte Constitucional en Sala de revisión resuelve el revocar las sentencias proferidas por los jueces de tutela en primera y segunda instancia y, en su lugar, declaró la carencia actual de objeto por la configuración de un hecho sobreviniente.

Continuando con el análisis del accionar del galeno en el manejo del paciente con DG se observa que durante todo este proceso se tiene claro el hecho de que el profesional logra encuadrar al individuo bajo los criterios diagnósticos para la condición en estudio, por lo que es natural el identificar que su actuar estará enmarcado en las guías de práctica clínica que sobre la materia se encuentren vigentes, lo que no debe desconocerse y con ello desmentir la afirmación de la no existencia de padecimiento previo, pues es precisamente la disforia que aqueja al paciente lo que lo motiva a consultar.

Así las cosas, la preexistencia de esta condición pone en tela de juicio la idea de una motivación meramente estética, ya no hablaríamos de medicina satisfactoria y nos encontraríamos bajo el ejercicio de un acto médico con enfoque terapéutico o medicina curativa, es conveniente el recordar que todo acto de los profesionales de la salud es a su vez un acto o hecho jurídico, es así como del actuar del profesional derivan implicaciones en el mundo del derecho (Tenorio-González, 2004, p. 444).

Llegando a este punto, es posible endilgar responsabilidad al profesional con base en el incumplimiento de una obligación o la inobservancia de una norma y la clasificación de dicha responsabilidad tal como lo propone la presente investigación, se determina dependiendo del fin que se persiga, tal como contempla el profesor Tamayo Jaramillo, por lo que posteriormente se desarrollarán los diferentes criterios planteados por el autor (Tamayo, 2001, p. 205).

Diagnóstico: Criterios DSM-V

Los criterios del DSMV son una herramienta clínica a la hora de establecer un diagnóstico ante manifestaciones sugestivas de disforia de género, son establecidos en la quinta versión del Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (DSM-V) y son específicos según rango etario, para el caso de adolescentes y adultos se presentan 2 puntos a valorar, por un lado, la incongruencia entre el sexo percibido y el que le es asignado, esto con una anterioridad no inferior a 6 meses y por otro lado la existencia de molestias clínicas o afectación en el desarrollo social o laboral del individuo.

Si bien los criterios antes mencionados gozan del sustento de la Asociación Americana de Psiquiatría, a nivel internacional tiene grandes opositores como lo menciona Bockting, W. (2020) pues históricamente se ha criticado la intención de ver en la diferencia una patología.

La idea de la clasificación de estas denominadas por los críticos como sexualidades alternas reafirma los discursos dominantes sobre sexualidad, donde se suprime y señala a las minorías, típico de las sociedades patriarcales, binarias y heteronormativas occidentales, en búsqueda de la idea de que no son más que identidades fluidas y polimorfas, por lo que la diferencia de ninguna manera puede mirarse como antinatural (Vale, 2019).

Otro punto de vista contrario a las consideraciones de la psiquiatría es respaldado por activistas en este tema que manifiestan que se debe reconocer que gran parte de las consecuencias emocionales del individuo tienen su génesis en el estigma social, por lo que es la sociedad

lo que debe ser objeto de tratamiento, no el individuo diverso, pues el reconocimiento de la patología asigna una etiqueta desde muy temprana como trastorno mental que en últimas terminan motivando la continuidad el ciclo estigma social (Vale, 2019).

En defensa del enfoque clínico la literatura médica sustenta la propuesta de la Asociación Americana de Psiquiatría, tal es el caso del tratado de pediatría de Nelson en el entendido de que específicamente no es la disconformidad entre sexo asignado al nacer y la identidad de género son factores generadores de estrés que por un lado estarán relacionados con la falta de congruencia sexo-identidad, que se ve acentuada conforme se van desarrollando los caracteres sexuales, a lo que se adiciona el stress relacionado con el estigma social que un pueblo no relacionado con la temática puede generar al sentir la diferencia y no lograr acoplarse al grupo social; es entonces esto lo que conlleva la aparición de alteraciones con el autoestima, ansiedad, vergüenza y quizá hasta depresión (Bockting, 2020).

Son estas últimas manifestaciones consecuencias de la disforia el objeto de estudio de la psiquiatría, pues la mera diferencia en la identidad no cumple con los criterios en mención, por lo que con el diagnóstico se pone a disposición del paciente el grupo interdisciplinario que requiere la atención con enfoque diferencial, en el caso particular colombiano, al contar con un sistema de seguridad social que se fundamenta en principios como la solidaridad, genera consigo un derecho positivo, pues el estado ha de encargarse de la garantía de la prestación del servicio, para el caso particular de la disforia de género se observa que vía jurisprudencial se han reconocido estos derechos prestacionales, incluso aquellos que no se encontraban cobijados bajo el plan básico de salud (PBS), tal es el caso de la Sentencia T-918 de 2012.

Tratamiento: Terapia Triádica

Si bien en la presente investigación no por objeto un desarrollo amplio del enfoque clínico se presentarán los tres puntos que forman

parte del manejo actualmente desarrollados para el abordaje del paciente con disforia de género, la que en general tiene recomendaciones de manejo flexibles que sugieren la individualización del paciente en aras de lograr el mayor beneficio, persiguiendo los objetivos que manifieste el paciente. Dentro de los factores a tener en cuenta está la edad, desarrollo del paciente, para el que se toman en cuenta escalas como Tanner, buscando la valoración de la maduración sexual y para enfocarlo a lo que se desea en ámbito de género.

Las etapas del tratamiento incluyen una transición reversible, que se basa en los cambios sociales, transición parcialmente reversible, donde se inicia tratamiento hormonal, transición irreversible o en otros casos se menciona como tratamiento definitivo que incluye el manejo quirúrgico para la reafirmación de la masculinidad o feminidad según sea el caso, este último será sobre el que versará la presente investigación (Golski & Forcier, 2020).

Abordaje de la prueba de vida en el papel deseado, acompañamiento psiquiátrico y psicoterapéutico

El abordaje inicial se verá enmarcado por un el acompañamiento psicológico, es importante el resaltar que se debe ver al profesional como un acompañante en el proceso de transición dado que este no ejerce actividades terapéuticas; es decir, la atención no tendrá en ningún momento influencia en la aceptación del rol socialmente asignado, pues es deber del profesional brindar el ambiente necesario para que el individuo pueda llegar a tomar decisiones debidamente informadas bien sobre la permanencia o cambio de rol o sobre las ayudas médicas a las que podría tener acceso.

El inicio temprano de este acompañamiento tiene dos puntos a tener en cuenta, primero, con la atención temprana se logra evitar al individuo atravesar por cambios traumáticos propios del desarrollo sexual, para la identificación se observará en etapas de la infancia la manifestación de inconformidad bastante abierta, sin las restricciones que la comprensión del rol social y la presión que esto acarrea significa en la

edad adulta, estas expresiones estarán supeditadas a la respuesta de su entorno social, es así sabido que si el menor tiene acceso a un adecuado acompañamiento y educación a su entorno familiar no tendrá de este ningún tipo de represión o aliento y se permitirá su desarrollo natural sin influencias; sin embargo es importante valorar un último punto y es si el menor a tan temprana edad cuenta con el raciocinio suficiente para tomar una decisión que posteriormente lo llevará a intervenciones como el remplazo hormonal que permite evitar la angustia que se acentúa al llegar la pubertad; pero que tendrán repercusiones en su vida adulta si dicha decisión no estuvo acorde con su sentir (Bockting, 2020).

Para el caso particular colombiano vale la pena tener en cuenta que los menores de edad son considerados incapaces según lo contempla el artículo 1504 del código civil, por un lado, al impúber se le considera incapaz absoluto, entendido este como menor de 14 años o como bien lo establece la Ley 1878 de 2018 se entiende por niño el menor de 12 años y adolescente de 12 a 18 años y al mayor de 14 menor de 18 años se considera incapaz relativo. En este orden de ideas, al ver la regulación del código da entender que la decisión sobre el manejo del paciente menor de edad recae sobre quien tiene la guarda o custodia, es allí donde recae el problema del inicio temprano, pues tales decisiones acompañarán al individuo a lo largo de su vida.

Para soportar la decisión a tomar el acompañamiento psicoterapéutico juega un papel importante, pues como parte del proceso el individuo podrá expresarse y desarrollar su vida en el papel o rol deseado, lo que ayuda en la toma de decisiones, del mismo modo como un modelo por etapas de la «salida del closet» permite al profesional comprender las experiencias y posibles desafíos que puede enfrentar el paciente (Bockting, 2020).

Manejo Endocrinológico: Terapia Hormonal

Por parte de endocrinología se presenta un apoyo al cambio de rol que se basa en terapia hormonal que tiene por objeto de bloquear la

pubertad y con ella los cambios en las características sexuales como las facies masculinas, el desarrollo de la manzana de adán, que posteriores a su desarrollo difícilmente pueden revertirse.

Otra de las etapas del proceso hormonal está dado por la administración de terapia de reemplazo hormonal como la testosterona cuando el objeto es lograr la masculinización, del mismo modo para lograr la feminización se utilizan inhibidores de andrógenos y estrógenos características para la reafirmación del género (Rosenthal, 2021).

Manejo Quirúrgico o Tratamiento Definitivo: Reasignación

Superadas las etapas de transición reversible, que se basa en los cambios sociales, transición parcialmente reversible, donde se inicia tratamiento hormonal, transición irreversible o en otros casos se menciona como tratamiento definitivo que incluye el manejo quirúrgico para la reafirmación de la masculinidad o femineidad según sea el caso (Golski & Forcier, 2020 594).

Tenemos principalmente la cirugía de transformación de genitales entre la que encontramos procedimientos como la Vaginoplastia con inversión piel peneana/ vaginoplastia con colgajo pediculado, donde se busca crear una vagina cutánea utilizando la piel del pene, se resecta la uretra a nivel requerido, se crean labios mayores, clítoris, lo que estará supeditado a las dimensiones originales del pene y la elasticidad de la piel, pues de esto dependerá la profundidad, y la creación de labios menores (Bernal, et al, 2021).

Para el caso de la masculinización, en los pacientes que ya han recibido terapia hormonal por parte de endocrinología, tienen tendencia a una hipertrofia del clítoris, que, si bien no es funcional para una penetración, puede simularlo y logra la conservación de la sensibilidad erógena, a esto se le denomina metoidoplastia, también se tiene la faloplastia con colgajo, en el que usando colgajo se crea un pene, que si bien no conserva la sensibilidad del procedimiento anterior,

se describe que llega a tener un grado de sensibilidad erógena, es funcional para la micción en bipedestación y para lograr relaciones sexuales es necesario en un segundo tiempo una intervención por parte de urología en aras de poner el implante necesario. En lo referente a las futuras bolsas escrotales se hace uso de los labios mayores para su formación y el escroto será simulado por prótesis de silicona (Binder et al., 2016).

El manejo quirúrgico se extiende a procedimientos más allá de la transformación de genitales, dentro de los que encontramos la feminización o masculinización del rostro y cuerpo encontrando entonces incluidas las frontoplastias, reducción de Ángulo mandibular, lifting facial e intervención para modificación de la manzana de Adán, en el caso del cuerpo los implantes de mama, glúteo, abdominoplastia, para la masculinización encontramos la mastectomía, implante pectoral y demás procedimientos que pueden ayudar a la reafirmación deseada.

En cuanto a lo abordado con anterioridad, si bien el ministerio de salud no ha regulado en torno al manejo de la disforia de género, en la práctica su desarrollo ha manteniendo un enfoque flexible que se ajusta a las condiciones de cada paciente, se ha instaurado como proceso este manejo escalonado mencionado en los apartes previos, dejando la cirugía al ser manejo definitivo como último peldaño para lograr la adaptación necesaria del individuo y reducir los índices de arrepentimiento (Moreno, y Esteva, 2012).

En este sentido, la postura de la Corte Constitucional reconoce la práctica de este tratamiento de forma escalonada, pues así se evidencia en Sentencia T-552 de 2013 frente al caso de Yesica Paola Serna Gómez quien se identifica como mujer transgénero y acude a juez constitucional haciendo uso de la acción de Tutela para exigir la cirugía de reasignación sin mediar diagnóstico o atención previa bajo el sustento de no considerar que sea necesario un diagnóstico pues alega tener pleno autoconocimiento tanto físico como psicológico por lo que niega tener una patología, dado esto, pregona que no amerita valoración alguna, a lo que el juez de única instancia responde que

la accionante tiene alto grado de desconocimiento sobre el procedimiento que solicita le sea autorizado, por lo que se hace necesaria la valoración médica que determine la pertinencia del procedimiento y se brinde el acompañamiento en cada etapa del proceso.

Factores determinantes a la luz de la imputación de responsabilidad

La especialización de la mano de obra en una tarea concreta como es el caso de los estudios profesionales ha significado una mayor calidad en el servicio que prestan dichos individuos en razón a la existencia de una preparación académica, por lo que les son exigibles ciertos parámetros de comportamiento en el cumplimiento del objeto contratado, es por este motivo que se justifica la aplicación del régimen de responsabilidad civil en los profesionales de cualquier área del conocimiento ante la existencia de conflictos jurídicos entre las partes.

Como forma de valoración de la conducta del individuo se determina el estudio de la culpa, donde se juzga con base a la actuación que tendría una persona diligente que ostente la misma preparación técnico-científica del deudor, por lo que en gran medida se ha tratado de dejar en manos de los miembros de su misma rama del conocimiento su juzgamiento (colegios profesionales); sin embargo, estos hacen una valoración deontológica teniendo como eje el “deber ser” del profesional de cada rama del conocimiento; pero con la masificación de la educación se evidencia que las actuaciones de los profesionales se enmarcan en aspectos jurídicos que trascienden en la sociedad, por lo que esta responsabilidad es desarrollada por los diferentes sistemas jurídicos de cada estado (Mantilla, 2007).

Para el caso particular de la presente investigación los profesionales del área de la salud en Colombia cuentan con los tribunales de ética médica que tendrán su competencia principalmente determinada por la territorialidad, los cuales brindan una garantía del debido proceso en cada una de sus actuaciones; por otro lado, la jurisdicción ordinaria conoce de los procesos en los que se identifica la existencia

de un daño antijurídico en el contexto de la prestación del servicio profesional.

Esta regulación ha recibido la denominación de Derecho Médico, cuyo desarrollo, aunque no específico precede desde el código de Hammurabi, donde se establecía el castigo ante la existencia del daño como producto de la atención del profesional; en cuanto a la civilización occidental desde 1914 con el caso Schoendorff contra Society of New York Hospital, se dan los principios para el desarrollo de esta disciplina con las bases del principio de autodeterminación (Couto y Nápoles, 2013).

El caso en mención se desarrolló en Estado Unidos en el año 1908, donde la señora Schoendorff acude a una institución de salud por presentar sintomatología gastrointestinal, a quien posterior a la atención se diagnostica con fibroma, por lo que por parte del galeno se indica derivación quirúrgica, obteniendo de su paciente una respuesta negativa.

Sin embargo, se autoriza la realización de un examen diagnóstico bajo anestesia y durante este procedimiento sin mediar consentimiento previo los profesionales deciden extirpar el tejido neoplásico, posterior al mismo se presentaron complicaciones ante la aparición de alteraciones vasculares en miembro superior izquierdo que dio como resultado la amputación de varios dedos, por lo que la afectada instaura reclamación en atención a que consideró que lo sucedido se presentó a consecuencia del procedimiento quirúrgico del que además no había autorizado.

Las consideraciones del tribunal fueron orientadas a que todo individuo con pleno uso de sus facultades tiene el derecho de establecer lo que a su concepto es lo mejor para su cuerpo, sumado a lo anterior, en lo referente al galeno califica la conducta como una agresión, por lo que está llamado a responder por tal agravio; sin embargo, aclara que para los casos de emergencias donde el paciente se encuentre en estado de inconsciencia y sea necesario el procedimiento se exceptúa dicha obligación; no obstante, no se concedieron las pretensiones en

razón a que el demandante accionó contra la institución y no contra el profesional y para la consideración del tribunal una institución sin ánimo de lucro no podía responder por la acción de sus empleados (Couto y Nápoles, 2013).

A la hora de instaurar un proceso de responsabilidad civil en los diferentes regímenes se hace necesaria la concurrencia de unos elementos sustantivos que deben estar acreditados por el demandante para lograr la prosperidad de una pretensión indemnizatoria, los mismos se denominan sustantivos por el hecho de que todos deben concurrir para que haya lugar a la declaración de responsabilidad, estos elementos forman parte del desarrollo del marco conceptual sobre el que se fundamenta la presente investigación, se presentan entonces los siguientes:

i. El Daño: Considerado como la lesión o menoscabo que sufre un individuo sobre un derecho patrimonial o un derecho personalísimo, entendiéndose por el primero como un denominado daño material, mientras que para el segundo como daño inmaterial o que no forma parte del patrimonio. Para el profesor Tamayo (2007) daño es “el menoscabo de las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extramatrimonial” (p. 326); por su parte, el profesor Henao define daño como la “afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o de colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico” (Henao, 2015, p. 280).

Si bien el concepto de daño goza de gran antigüedad, el derecho de daños ha experimentado frecuente actualización que va desde la concepción del daño mismo, pues el avance de la civilización repercute en este, pues hoy día se presentan asuntos como génesis del daño que anteriormente no se podría siquiera imaginar como tal, es el caso de la concepción, el nacimiento de un niño que hoy pueden ser catalogados en sí mismos como perjuicios indemnizables bajo figuras como el *Wrongful life*, *Wrongful birth* o *Wrongful conception* donde en el caso del primero una persona tiene la potestad para reclamar con funda-

mento en un perjuicio configurado por el hecho de vivir con deficiencias tales como malformaciones que afecten su desarrollo adecuado en sociedad, en el segundo esa reclamación de los padres sobre el profesional que incumpliendo con su deber de informar no manifiesta la existencia de graves malformaciones o patología en el feto y este último versa sobre un individuo que nace sin inconvenientes, sin ningún tipo de patología o alteración; sin embargo, es producto de un fallo en métodos de anticoncepción, por lo que no era deseado y su nacimiento en sí ocasiona un perjuicio (Botero, 2018).

Entre las características exigibles al daño resarcible se encuentra en el que no sea un hecho bagatelar, que sea personal, esto es que quien reclama sea el titular del patrimonio que recibió la aminoración a partir de la acción dañosa, esto es legitimación por activa, antijurídico y cierto, entendido este último como la convicción de su existencia, pues la mera hipótesis o conjetura no son constitutivos de daño que si bien no cuenta con una certeza absoluta debe constar de constar de razonabilidad y por lo menos una certeza relativa y justificada (Velásquez, 2013).

Su clasificación por su naturaleza se divide en materiales e inmateriales o personales, entre los primeros encontramos el lucro cesante y el daño emergente y de los segundos encontramos los morales, corporales, psíquicos, del mismo modo estos pueden ser actuales cuando ya está ocasionado al momento de su liquidación o futuros cuando al momento de su liquidación no ha acaecido; sin embargo, no existe duda de su existencia futura; es decir, la certeza del daño debe ser actual; pero el perjuicio futuro (Velásquez, 2013).

ii. El Nexo de Causalidad: Para el Derecho romano la existencia del *datum iniuria datum* daba lugar a la acción de reparación; pero era necesario el cumplimiento de los siguientes preceptos: la existencia del daño cierto, *iniuria*; es decir que la conducta sea contraria a la ley o sea un acto ilícito ejecutado con culpa o dolo y el nexo de causalidad, pues esta última garantiza que el menoscabo sea atribuible a la conducta del presunto deudor.

Para el estudio de la causa necesaria para la ocurrencia del daño se busca una valoración que puede estar fundamentada en teorías como las siguientes:

iii. Causalidad adecuada: En esta figura se tiene por objeto el carácter resarcitorio que debe afrontar una persona que se identifica como generador del daño que se alega.

iv. Equivalencia de condiciones: Esta figura se orienta a valorar cuán determinante resulta la conducta de un individuo en la ocurrencia del daño; es decir, que sin la intervención del deudor no se configura el daño (Fayos, 2016).

Esta teoría da cuenta de la complejidad que puede sobrellevar la concurrencia de diferentes factores sobre la ocurrencia del daño, por lo que dificulta el determinar la proporcionalidad de cada hecho sobre el desenlace final; para Demogue este planteamiento debería simplificando considerando que cada hecho involucrado tiene la posibilidad de causar el resultado.

Contrario a los planteamientos de Demogue como cita Velásquez (2013) para Von Buri los hechos o factores intervinientes no son suficientes por sí solas, pues es la concurrencia lo que lleva a la ocurrencia del daño y la falta de una de estas es suficiente para evitar el daño.

Con una mirada crítica a esta teoría se evidencia que bajo su sustento es posible la vinculación al hecho dañoso a individuos que, con muy poca relación con el daño, pues esta tiende a ser muy amplia.

v. Física y Jurídica: Entiende la existencia de dos explicaciones con enfoques diferentes, por un lado, tenemos la ciencia y por el otro lado el derecho, que en algunos casos pueda que no concuerden dado que el objeto de estudio es distinto, ante una muerte fetal se puede determinar como causa de muerte un parto prolongado; sin embargo, para el derecho se consideraría el hecho de la acción negligente del galeno en atención a que se omite el deber objetivo de cuidado pues no se ordenaron las dosis necesarias para la adecuada conducción del parto.

Para la ciencia la causalidad es la transferencia de energía, que parte de la ocurrencia de un acontecimiento y es posible encontrar una ley natural que por continuidad termine afectando a cuerpos próximos originando un segundo hecho, este segundo se debe al primero lo que arroja una relación de causa–efecto claro.

La causalidad cumple estos dos roles dado que se entiende la causalidad a partir de un esquema científico-mecánico que ve la causalidad como una cuestión fáctica separada de la culpa, distinguiendo esta última como criterio subjetivo de imputación vs una casualidad como cuestión de hecho que supone una condición física a la que podemos acceder mediante reglas de conocimiento científico (Mariñelarena, 2011).

Históricamente se ha visto la causalidad como una cuestión de hecho y no de derecho, lo que debe resolverse por los jueces de fondo, no tiene componente normativo; por otro lado, se piensa que la causalidad no obedece únicamente a una cuestión fáctica; sino que supone un juicio normativo que complementa el juicio fáctico; entonces este último sería siempre necesario y estaría compuesto por un test de la supresión mental hipotética y por otro lado un segundo test normativo que puede frenar los excesos de la equivalencia de las condiciones.

Así las cosas, el nexos haría referencia al enlace fáctico que debe existir entre un hecho antecedente y un resultado consecuente, con el nexos causal es posible establecer cuándo un resultado dañoso es atribuible a la acción de un sujeto, del mismo modo permite establecer la extensión del resarcimiento.

El asunto resulta más complejo, por un lado, la causalidad no es meramente material, no es posible resolverlo siempre aplicando leyes científicas, en algunos casos la causalidad se construye desde la proporcionalidad, algún caso se construye solo de lo normativo como es el supuesto de las omisiones o la teoría de la supresión mental hipotética que describe desde un plano fáctico, por lo que se hace necesario el apoyo sobre la causalidad jurídica para lograr la imputación como hecho desencadenante del daño sobre una de las causas físicas, lo que

constituye un hecho clásico de los supuestos de causalidad hipotética aplicables al ámbito médico.

Inicialmente se da una connotación muy relacionada con la ciencia, y en algunos casos se cree que no se debe hablar jurídicamente de nexo de causalidad y es desarrollado como imputación objetiva para hacer referencia a los diferentes criterios valorativos que plantea el juzgador para relacionar un daño con el presunto responsable.

vi. Conducta antijurídica: a partir de la valoración de la conducta del presunto dañador, verificando si esta se circunscribe a lo que se denomina como daño injusto, pues existe una contravención a una norma o regla de convivencia, ya que es necesaria la identificación de la conducta ilícita, antijurídica para poder dar lugar a un supuesto de responsabilidad civil.

Esta valoración de la conducta podrá encuadrar el actuar antijurídico como una antijuridicidad típica, entendida como conducta reprochable que se encuentra previamente establecida y es la transgresión de esta norma la que constituye la conducta antijurídica, es la que mayormente se presenta en la responsabilidad civil contractual (Santos, 2018).

Por otro lado, la antijuridicidad atípica que puede evidenciarse de mejor forma con la vulneración del deber genérico de no causar daño, es más frecuentemente encontrada en la responsabilidad extracontractual.

Para Lizardo Taboada (2018) la antijuridicidad atípica proporciona la lógica adecuada para el buen funcionamiento de la responsabilidad en la realidad, pues no se obliga a la existencia tácita de una prohibición para la configuración de un supuesto de responsabilidad civil ante la existencia de una conducta genéricamente prohibida por el ordenamiento jurídico (p. 29).

vii. Factor o Criterio de Atribución de Responsabilidad: Al referirse a los factores de atribución se desarrolla el soporte normativo que sustenta la atribución de responsabilidad por la ocurrencia de

un daño, por lo que con este se pretenden establecer las razones que llevan a considerar que el daño sufrido por una persona debe ser asumido por otra.

Con el acaecimiento del factor de atribución es posible dar respuesta al cuestionamiento de quién, y bajo qué sustento alguien está llamado a indemnizar, para la presente investigación se presentará una clasificación con fundamento en el fin de la obligación, teniendo entonces factores objetivos y subjetivos.

Por una parte, los factores subjetivos han de centrarse en la conducta del presunto deudor, a nivel general se tiene este como el preponderante en nuestro ordenamiento jurídico y es por esto que se identifica como un sistema basado en la culpa, pues es la valoración subjetiva de la conducta lo que determinará la imputación de responsabilidad. Para el caso médico tendremos como objetos de valoración la culpa y sus formas de representación: negligencia, imprudencia, impericia y la no observancia de reglamentos o protocolos o si por el contrario es atribuible un actuar doloso (Vera, 2013).

Para Pereirano, citado por Yong, considerar la conducta del deudor como base del estudio de atribución en el caso subjetivo supone entonces que ante un actuar diligente del mismo, para quien sufre el daño no queda alternativa que soportarlo, pues si bien lo sufre injustamente no ha sido injustamente causado por el agente ya que no es posible predicarle culpa alguna (Yong, 2011).

Contrario al caso anterior para los factores objetivos se pretende alejar la valoración de culpa del llamado a responder, pues su finalidad es la indemnización siempre que exista un daño, lo que permite a quien sufre el menoscabo una mayor garantía del resarcimiento.

La finalidad de la Atención como Determinante en la Clasificación de Demogue²¹

Esta clasificación tuvo sus orígenes en el Derecho francés y fundamenta su diferenciación en el contenido de la prestación, donde las denominadas obligaciones de medios o de mera prudencia y diligencia según Mazeaud, son enfocadas como el camino para llegar a un fin deseado, por otro lado las obligaciones de resultado o determinadas según Mazeaud estarán dadas por la obtención de ese resultado, esta clasificación le es atribuida a Demogue quien desde 1924 inicia su aplicación, hoy día su desarrollo es bastante amplio y es utilizado por jueces y doctrinantes dada la practicidad que aporta al momento de la determinación de responsabilidad en materia civil.

Para un abordaje más práctico se pueden diferenciar dos aspectos a tener en cuenta a la hora de clasificar la obligación exigible según lo que se espere del deudor, para la *obligación de medios* se centra un aspecto subjetivo donde la prestación se enmarca plenamente en el actuar del deudor; sin embargo, su obligación se limita a poner a disposición un adecuado desempeño, no siendo objeto del contrato el resultado último de su intervención, se hace únicamente valoración de la conducta del deudor y por último en la *obligación de resultado* se hace inclusión del fin a obtener dentro del pacto, conformando la prestación que se espera recibir y así se acuerda la realización de un procedimiento para la obtención de un resultado establecido (Kvitko, 2011).

Otro doctrinante que soporta esta teoría es Ricardo Uribe Holguin (1980), quien plantea otra forma de lograr esta clasificación del régimen de responsabilidad y esta dependerá del objeto del contrato pactado entre las partes; es decir, se estaría encuadrando en una obligación de medios “cuando el deudor no se compromete a realizar u

21 René Demogue propone la teoría que clasifica las obligaciones centrándose en el cumplimiento de las prestaciones pactadas, dando primacía al objeto de la prestación, que bien puede estar orientada a la obtención de un resultado o desarrollar una actividad, para el caso del contrato de asistencia médica se ubica dentro de las obligaciones de hacer que pueden llevar a ejecutar una actividad en sí misma o la ejecución de una actividad orientada a lograr un objeto específico. (Arbesú, 2016)

obtener un determinado resultado, sino sólo a poner los medios que de ordinario conducen a ello” (Uribe, 1980, p. 15). Por otro lado, hablaríamos de régimen objetivo, cuando el contrato entre las partes verse sobre el fin al que debe llegar el acreedor (Uribe, 1980).

Del mismo modo, el italiano Luigi Mengoni hace la distinción entre obligaciones de medio y de resultados basados en la diligencia que se le exige en las obligaciones de medios y el resultado en el otro caso; sin embargo, esto no quiere decir que dependa del interés del acreedor, porque en realidad su interés siempre estará orientado hacia el resultado, lo que se clasifica como interés primario; por otro lado, existe un interés secundario que, sí estaría orientado a que el deudor ajuste su conducta a un estándar de diligencia media, con el ánimo de poder obtener el fin ulterior (Mengoni, 1954).

Esta clasificación resulta necesaria una vez se comienza a valorar las actuaciones del galeno no con un objeto curativo como es regla general en el campo de la medicina; sino con el ánimo de satisfacer deseos del individuo, a lo que la Corte Suprema de Justicia se refiere:

La obligación profesional del médico no es, por regla general, de resultado sino de medio, o sea que el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia, y los dictados de su prudencia, sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de este (C. S. de J, S. Civil, sentencia del 5 de marzo de 1940).

Ante el anterior planteamiento existen contraventores que afirman con sustento en investigaciones que se mencionarán a continuación, que muy a pesar de que no se sigue precisamente la naturaleza que desarrolla la medicina, en el caso de la medicina satisfacía el objeto de estudio y trabajo en esta obligación no deja de ser un ser un organismo vivo, que responde autónomamente debido a su naturaleza fisiológica, por lo que:

La cirugía plástica, estética con fines de embellecimiento, conserva la regla general de ser contemplada como aquella prestación que genera una obligación de medio y no como se ha pretendido entender, como

una obligación de resultado; eso sí, el galeno deberá ser diligente en la etapa precontractual como en el desarrollo del mismo, por lo que la información respecto del procedimiento resulta de vital importancia pues en esta etapa pre contractual pueden surgir garantías de resultados que cambian la naturaleza de la obligación (Jiménez y Peláez, 2018, p. 18).

Si bien se establece la discusión del tipo de responsabilidad a asumir por parte de los profesionales de la salud con relación al tipo de acto médico realizado, surge ahora la necesidad de establecer criterios claros que nos permitan establecer el régimen de responsabilidad al que pertenece el acto médico en particular porque es cuestionable el cómo obligar al acreedor a la obtención de un resultado cuando “en el caso de la medicina, el elemento material es un organismo vivo que reacciona de manera autónoma” (Guzmán, 2001, p. 6).

El acuerdo de voluntades entre las partes

El acuerdo de voluntades goza de gran relevancia a nivel contractual por ser este el origen mismo de la obligación, para el profesor Tamayo Jaramillo el contrato da la potestad de establecer a lo que se obligan los intervinientes, es por este motivo que su estipulación como lo establece el artículo 1604 del código civil es ley para los contratantes (Tamayo, 2001).

En materia de Derecho Médico como se ha reiterado en la presente investigación, por regla general se enfoca como una obligación de medios de parte del médico tratante sobre su paciente en atención a que este se compromete a poner todo su conocimiento y tecnología a su alcance para la atención del usuario; sin embargo, es de resaltar que dada la variedad en cuanto a los servicios prestados por estos profesionales pueden existir en la relación médico-paciente acuerdos que difieren de esta regla general, y bajo el fundamento de autonomía desarrollado en el párrafo anterior es posible que el tipo de obligación torne hacia una obligación de resultado.

Para Mousseron la calificación de la obligación será el resultado de la voluntad de los contrayentes, por lo que las obligaciones se determi-

narán como de medios o de resultado producto de la construcción y no por naturaleza (Hinestrosa, 2007, p 250).

Con el aumento de la oferta de los servicios de salud los profesionales de esta área bajo una lógica de mercado tienden hacia la competencia que busca el resaltar los atributos del servicio ofrecido y en muchas ocasiones se puede errar en el compromiso de un resultado olvidando el alea propio de todo organismo vivo; sin embargo, contractualmente le brinda herramientas al usuario para exigir el cumplimiento la obligación contraída, esto es el resultado pactado (Tamayo, 2001, p. 205).

La probabilidad de obtención del resultado esperado

El carácter multifactorial que caracteriza cualquier patología objeto de tratamiento en el campo de la medicina es un punto importante para la determinación de la responsabilidad del profesional de esta área como una obligación de medios en tanto el deudor no tiene la capacidad de establecer el resultado final de la intervención que pueda realizar.

El caso de la cirugía plástica ha sido establecida por vía jurisprudencial como la excepción a esta regla general dado que se asume que el paciente usuario de este tipo de tratamiento tiene una motivación meramente estética, por lo que supone la no existencia de una patología previa, bajo este precepto se considera entonces que al encontrar un individuo sin padecimientos se toma como un entorno ideal donde el cirujano podría prever un resultado preciso, por lo que ha de tener todo bajo su control y se debe cumplir con la prestación prometida (Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sentencia C-7110 de 2017).

A la hora de clasificar la responsabilidad aplicable a cada caso no encontramos unos criterios claramente establecidos que nos permitan la determinación del caso particular, para lo que se realiza una recopilación de criterios para definir responsabilidad civil del acto médico, y plantea que no se puede exigir un resultado específico al galeno

al encontrarse su obligación sujeta a un “alea”, pues no depende en del deudor en su totalidad, además que resalta que la naturaleza del objeto de trabajo de la medicina es un organismo vivo “este organismo tiene su propia dinámica (...) aunque puede aproximarse mediante los exámenes que previamente practique en la etapa diagnóstica, nunca sabrá en forma rotunda el comportamiento final sino cuando este ya se haya producido” (Guzman, 2001, p. 10).

Del mismo modo Guzmán Mora plantea que la concepción del paciente de Cirugía plástica como un paciente sano se encuentra errado si se tiene en cuenta la idea de la salud como estado de bienestar físico y emocional y no únicamente la ausencia de enfermedad, en este caso presenta una alteración morfológica que no lo satisface, por lo que el deseo de cambio se convierte en noxa, de igual modo se presenta que el trabajo del cirujano depende de la recuperación posterior dentro de lo que se incluye el proceso de cicatrización, proceso fisiológico celular que no se desarrolla de la misma forma en todo individuo, lo que dificulta la garantía del resultado (Guzman, 2014).

Ya culminado el análisis de los elementos esenciales para la atribución de responsabilidad es posible correlacionar las circunstancias propias del manejo de la DG con los criterios de clasificación de las obligaciones teniendo como base el fin esperado que propone el profesor Javier Tamayo Jaramillo; para el caso de la existencia de disposición expresa del legislador vemos que no se encuentra regulación sobre la materia en el ordenamiento colombiano, por lo que no es aplicable al caso.

El criterio de clasificación que versa sobre el acuerdo entre las partes mantiene su vigencia en el contrato de asistencia médica, no siendo ajeno a la relación derivada del manejo de la DG, por lo que, si bien la naturaleza de la prestación dificulta la garantía de un resultado, en virtud de la autonomía de la voluntad de los contrayentes, podrán determinar el tipo de obligaciones que a bien consideren pactar, quedando entonces en el terreno de la ética profesional la suscripción de dichas promesas.

Ante la no existencia disposición del legislador ni de los contrayentes respecto del tipo de obligación aplicable es menester que el juez tenga la valoración respecto de la posibilidad de obtención del resultado esperado, donde se hace necesaria un juicio de causalidad a través del análisis del caso particular con apoyo en la prueba pericial siempre necesaria en esta materia y teniendo presente el hecho de que la causalidad no responde a quien es el causante del daño; sino que por el contrario lo que determina es a quien se le imputa.

Régimen de responsabilidad aplicable al acto quirúrgico de la disforia de género según el fin esperado

La aplicación de la responsabilidad profesional al acto médico bajo el contexto del manejo de la disforia de género Colombia no cuenta con una tipología contractual específica para la relación médico-paciente; sin embargo, por vía doctrinal que se presenta como contrato innominado²² que ha tomado el nombre de asistencia médica o prestación de servicios médicos, del mismo modo ante la no existencia de una norma especial que regule la responsabilidad patrimonial por la prestación del servicio médico bien por particulares o por parte del estado, esta se regula entonces por la regla general, en el caso colombiano al igual que otros países latinoamericanos se considera que el contrato de prestación de servicios médicos genera por regla general una obligación de medios basado en la competencia profesional.

Desde la promulgación de la Ley 23 de 1981 que constituye el código de ética de los profesionales de la medicina, en su Artículo 16 el legislador indica que la responsabilidad del médico respecto de las posibles reacciones adversas, no irá más allá del riesgo previsto, del mismo modo el Decreto 3380 de 1981 que reglamenta esta ley lo hace extensi-

22 Los contratos innominados son una tipología de contratos no regulados por el código civil; es decir, que no tienen reconocimiento como una figura típica, esta figura se fundamenta con la existencia de infinidad de relaciones contractuales, por lo que en virtud de la libertad de los contrayentes se le permite la celebración de los contratos que a bien consideren siempre que se tenga un objeto lícito y no contrarie la ley

vo a los “riesgos, reacciones o resultados desfavorables”, igualmente la Ley 1164 de 2007, que regula ciertas actuaciones del talento humano en salud establece que del acto de los profesionales de la salud es exigible una obligación de medios que se fundamenta en la valoración de la competencia del profesional.

Por vía jurisprudencial se ha ratificado que la existencia de esta regla general no excluye que en el ámbito de esa relación puedan presentarse de forma eventual el que se contraigan obligaciones de resultado producto del sustento encontrado en una norma especial o estipulaciones expresas de las partes, tema que ha sido objeto de estudio en diferentes especialidades tales como la Ginecología donde la línea jurisprudencial del Consejo de estado, sección tercera en Sentencias del 17 de agosto del año 2000 o 19 de agosto de 2009, indican la clasificación de la obstetricia como una obligación de resultado cuando se desarrolla un embarazo sin alteraciones en su control prenatal al ser el parto un estado normal no patológico.

Régimen Objetivo y Subjetivo de Responsabilidad Médica en Disforia de Género

La aplicación de esta teoría propuesta por Demogue entra en el ordenamiento colombiano por vía jurisprudencial a través de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, el 30 de noviembre de 1935, magistrado ponente Eduardo Zuleta Ángel en búsqueda de la distinción entre la prueba de ausencia de culpa y la prueba del caso fortuito frente a un caso de incendio de vivienda arrendada, por lo que con ellos buscan criterios que determinen cuándo se debía acreditar uno u otro para eximir la responsabilidad.

El manejo quirúrgico de la disforia de género tal como otros procedimientos quirúrgicos representa un riesgo a considerar al momento de su prestación, es por esto que la valoración del actuar del profesional debe orientarse sobre la *lex Artis ad hoc*, valoración que hace el juez sobre el acto ejecutado por el médico, para lo que toma en cuenta sujeto, cualificación profesional, entorno y sobre todo la naturaleza

fisiológica del objeto de estudio de esta profesión; es decir, el ajuste del actuar a parámetros de conducta esperados.

Como ya se ha presentado anteriormente, especialidades como la Cirugía plástica han sido enfocadas hacia una responsabilidad objetiva teniendo por sustento primero el hecho de tener una motivación estética y con ello un individuo sano con el que se debería poder prever un resultado, por otro lado, la libertad de los contratantes al momento de la suscripción del acuerdo de voluntades y por último el fin perseguido por el acreedor.

i. Motivación estética: Para este estudio del primer fundamento tendremos que valorar la posición de la Corte Constitucional colombiana frente a la disforia de género que a través de reiteradas sentencias como la Sentencia T- 771 de 2013 deja saber que para estos casos en particular se debe entender que los procedimientos ordenados en este contexto se alejan de tener una motivación estética y reviste un carácter funcional dado que se hacen necesarios para la reafirmación de la feminidad (caso particular de la sentencia), lo que evidentemente constituye un elemento esencial de su identidad y con ello la garantía del derecho a la salud en sentido integral, por lo que procedimientos como la mamoplastia se le deben garantizar incluso reconociendo el cargo de los mismos al SGSSS.

ii. Libertad contractual: Con este segundo fundamento si bien ya ha sido desarrollado, se presenta como ejemplo en el derecho comparado el caso español donde la sala Civil del tribunal supremo ha reiterado la orientación hacia la no existencia de obligaciones de resultado en materia médica al dejar de lado el sustento de la medicina satisfacía considerando que estos procedimientos representan el mismo nivel de riesgo que podría acarrear cualquier intervención quirúrgica; sin embargo, se deja en claro que es posible considerarlo cuando el resultado sea pactado o se garantice en el contrato suscrito entre las partes (España. Tribunal Supremo, Sala Civil, N° 583, 2010).

Corolario lo anterior, “el galeno deberá ser diligente en la etapa precontractual como en el desarrollo del mismo, las estipulaciones con-

tractuales que realice para con el paciente a través de su autonomía privada serán el pilar fundamental para la atribución de su responsabilidad, partiendo siempre de la relación comunicativa médico-paciente” (Jiménez & Peláez, 2018, p. 18).

iii. El fin perseguido por el acreedor: Por último se traen a colación consideraciones de Luigi Mengoni, quien indica que si bien se hace la distinción entre obligaciones de medio y de resultados basados en la diligencia que se le exige en las obligaciones de medios y el resultado en el otro caso, esto no quiere decir que dependa del interés del acreedor, porque en realidad su interés siempre estará orientado hacia el resultado, lo que se clasifica como interés primario; por otro lado, existe un interés secundario que sí estaría orientado a que el deudor ajuste su conducta a un estándar de diligencia media, con el ánimo de poder obtener el fin ulterior (Mengoni, 1954).

Dentro del análisis expuesto, se resalta que, si bien la prestación pactada no es la misma en las categorías contractuales en estudio, toda obligación tendrá por objeto el logro de un resultado y el camino para el logro de ese resultado supondrá la disposición de los medios necesarios para alcanzarlo; así las cosas, es posible afirmar la coexistencia de estas características, pues el actuar del deudor será siempre la aplicación de los medios necesarios para la obtención de un logro.

Por otra parte, como lo menciona la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en Sentencia 4786 del 7 de diciembre del 2020, la mera valoración del cumplimiento o no de un resultado tiende a ser un poco incompleta, pues ante una obligación de medios también es posible el reclamar el cumplimiento de ciertas consecuencias materiales que denotan la diligencia y cuidado exigibles al deudor, del mismo modo como para las obligaciones de resultado es consecuente el hecho de que el acreedor exija de parte del deudor un actuar determinado previo a la obtención del objetivo pactado.

Como respuesta a los posibles vacíos existentes ante la aplicación de esta teoría se ha presentado un desarrollo conceptual que flexibiliza esta categorización quizá un poco estricta con conceptos como obli-

*gaciones de medio reforzadas*²³ y *obligaciones de medio atenuadas*²⁴ que pueden dificultar hacer una verdadera diferenciación y empañan los criterios de la clasificación dando cuenta de la necesidad de una clasificación más amplia y flexible.

Conclusiones

Tal como se ha podido comprobar a lo largo del desarrollo de la investigación, la naturaleza compleja de las prestaciones dificulta el establecimiento de criterios estrictos que permitan la clasificación entre una responsabilidad objetiva o subjetiva en materia médica dado el carácter multifactorial del que depende la ejecución de lo pactado, por lo que es de considerar que la naturaleza de la obligación sea quien oriente la atribución o exoneración ante un perjuicio originado en razón al acto de los profesionales de la salud.

Así las cosas, dado que el objeto de estudio de esta disciplina es un organismo vivo, se dificulta el encuadrar la definición de las obligaciones de resultado en tanto que para este caso particular es el organismo el fin de la prestación, llevando a la obligación a depender de un alea que no se puede garantizar (Garzón y Parada, 2014).

Por otro lado, la primacía de la voluntad de los contrayentes está igualmente presente en el contrato de asistencia o de prestación de servicios médicos, por lo que resulta imperante el papel ético del profesional con el cumplimiento del deber de información donde se expongan riesgos y beneficios en aras de lograr un consentimiento debidamente ilustrado y eliminar la garantía de resultados en la atención.

En relación a lo expuesto, reitera la Corte Suprema, sala de Casación Civil en Sentencia 4786 del 7 de diciembre de 2020 que las obligacio-

23 Además de la obligación de medios se propone la obligación de medios reforzada, que da cabida libera al acreedor de la obligación de probar la culpa levisima del deudor como forma de flexibilizar los criterios de esta clasificación.

24 La obligación de resultados atenuada le impone la flexibilidad al deudor de librar su responsabilidad acreditando la diligencia y cuidado. (Le Tourneau, 2006)

nes estéticas son de medios sin menoscabo de lo establecido en la convención celebrada entre los intervinientes, o lo que es igual, el profesional podrá obligarse a realizar un procedimiento sin garantizar un resultado o bien puede asegurar la obtención del mismo.

Otra de las sentencias objeto de análisis fue la Sentencia C-2555 de 2019, en la que ante un procedimiento de rejuvenecimiento facial y abdominoplastia realizado por especialista en Cirugía plástica se concluye que la denominación de los procedimientos que denotan una naturaleza meramente estética no significa, per se, que el deudor se haya obligado a obtener un resultado específico en su paciente, pues su prestación estaría orientada a realizar dichos procedimientos poniendo todo el conocimiento y tecnología a su alcance para el logro de un rostro más juvenil, pero es menester la valoración del pacto celebrado para cambiar la naturaleza de la obligación y no establecer esta de forma *a priori*.

Las posiciones expuestas por la alta Corte denotan un cambio reciente en la línea jurisprudencial imperante en materia de responsabilidad médica, pues estas sentencias reconocen la práctica de la medicina estética como una obligación de medios de la que únicamente podrá entenderse que son de mejor esfuerzo; no obstante, el enfoque del manejo quirúrgico de la disforia de género gozará de un doble sustento para la no acreditación de una responsabilidad objetiva en la medida en que por un lado se le da un reconocimiento de carácter funcional a estos procedimientos al permitir la reafirmación de la identidad de género y por otro lado, aun cuando estos procedimientos se desarrollan bajo el contexto de la medicina satisfactiva no es posible exigir un resultado basándose únicamente en el carácter estético de la prestación.

Bibliografía

- Arbesú, V. (2016). Arbesú González, V. La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética. Madrid: Dykinson.
- Asociación Americana de Psiquiatría. (2013). *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*. Washington, DC: Editorial panamericana. (5ª ed.).
- Bernal J., Falcon N., Barros J., Arenas J. y Cifuentes M. (2021). Cirugías de afirmación de género en mujeres trans: resultados estéticos, sexuales y urinarios de una serie inicial de vaginoplastias. *Actas urológicas españolas*, 45(3), 225-231. <https://n9.cl/oogum>
- Binder, J., Desgrandchamps, F., Revo M. (2016). Transformación genital de mujer a varón: faloplastia mediante colgajo antebraquial radial y faloplastia mediante colgajo anterolateral de muslo. *Elsevier Masson*, 45, 687, 1-10. <https://n9.cl/mizhg>
- Bockting, W. (2020). *Género e identidad sexual*. En Kliegman, R., MD. Nelson. (Coord.) *Tratado de pediatría*, edición 21, Barcelona: Elsevier Inc. 1021-1024
- Botero, L. (2018). *El concepto de daño*. En Castro, M. (Coord.) *Derecho de las obligaciones con propuestas de modernización*. Tomo III. Editorial Temis, 43-84.
- Colombia. Congreso de la República. (19 de enero de 2011) Artículo 104 [Título VI]. *Reforma al Sistema General de Seguridad Social en Salud*. [Ley 1438 de 2011].
- Colombia. Congreso de la República. Sentencia T-236 de 2020 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez: 8 de julio de 2020).
- Colombia. Congreso de la República. Sentencia T-421 de 2020 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger: 28 de septiembre de 2020).
- Colombia. Congreso de la República. Sentencia T-771 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa: 7 de noviembre de 2013).

- Colombia. Congreso de la República. Sentencia T-918 de 2012, (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio: 8 de noviembre de 2012).
- Colombia. Congreso de la República. Sentencia T-063 de 2015 (M.P. María Victoria Calle Correa: 13 de febrero de 2015).
- Colombia. Congreso de la República. Sentencia T-552 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa: 22 de agosto de 2013).
- Colombia. Congreso de la República. Sentencia T-876 de 2016, (M.P. Nilson Pinilla Pinilla: 29 de octubre de 2012).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, Sentencia SC2555 (M.P. Álvaro Fernando García Restrepo: 12 de julio de 2019).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil (M.P. Liborio Escallón: 5 de marzo de 1940).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, Sentencia SC4786 (M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo: 7 de diciembre de 2020).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, Sentencia SC7110 (M.P. Luis Armando Tolosa Villabona: 24 de mayo de 2017).
- Colombia. Secretaria distrital de planeación de Bogotá (2018). Estudio sobre la identificación de barreras de acceso a la salud de hombres transgénero en el marco de la política pública LGBTI.
- Couto, D., Nápoles, C. (2013). Aspectos generales sobre el consentimiento informado en Obstetricia y Ginecología. *Medisan*, 17(10), 7012-7020. <https://n9.cl/14bguq>
- España. Tribunal Supremo, sala primera civil. Sentencia 877 (M.P. José Almagro Nosete: 11 de febrero de 1997 (Tena, E., Azparren, A., Donat).
- Fayos, A. (2016). *Derecho de Daños. Las víctimas y la compensación*. Madrid: Editorial Dykinson.

- Garzón, D., Parada, D. (2014). Las obligaciones de medio y de resultado y su incidencia en la carga de la prueba de la culpa contractual. *Universitas Estudiantes*. 12(1), 241-252. <https://n9.cl/6gk3hm>
- Georgiopoulos, A., Donovan, A. (2018). DSM-5: Un sistema de diagnóstico psiquiátrico. En Stern, T., Fava, M., Wilens, T. y Rosenbaum, J. (Coord.) *Massachusetts General Hospital. Tratado de Psiquiatría Clínica*, 165-171.
- Golski, C., Forcier, M. (2020). *Gender Dysphoria and Gender Nonconformity*. En Ferri, F. (Coord.) *Ferri 's Clinical Advisor 2021, 1st Edition*. New York: Editorial Elsevier.
- Gómez, E., Gómez, F., Esteva, I., Fernández, R., Flor, M. (2020). Investigación española en disforia de género: una revisión de más de 20 años de literatura biomédica. *Actas españolas de Psiquiatría*, 48(6), 266-281. <https://n9.cl/r2o6y>
- Guzmán, F. (2001). Criterios para definir la responsabilidad civil del acto médico en Colombia. *Conamed*, 10(21), 6-16. <https://n9.cl/qdf6u>
- Guzmán, F. (2014). Los errores en la concepción legal de la Cirugía Plástica. *Sociedad colombiana de cirugía plástica, estética y reconstructiva*, 20(1), 84-91. <https://n9.cl/czyao3>
- Guzmán, F., Franco, E., Morales, M., Mendoza, J. (1994). El acto médico: Implicaciones éticas y legales. *Acta médica colombiana*, 19(3), 139-149. <https://n9.cl/pjkbq>
- Henao, J. (2015). Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. *Revista de Derecho Privado*, (28), 277-366. <https://n9.cl/0n8phy>
- Hinestrosa, F. (2007). *Tratado de las obligaciones concepto, estructura, vicisitudes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Jiménez, D., Peláez, G. (2018). *Atribución de responsabilidad por procedimientos médicos con fines de embellecimiento* (Trabajo de grado). Universidad Ces, Medellín, Colombia. <https://n9.cl/ij04p>
- Kvitko, L. (2011). La responsabilidad médica en cirugía estética. ¿Obligación de medios o de resultados? Antecedentes. Jurisprudencia argentina y española: Cambio radical en la doctrina y criterio jurisprudencial español. *Revista Medicina Legal de Costa Rica*, 28(1), 7-24. <https://n9.cl/12maqq>
- Lamas, M. (2000). Diferencias de sexo, género y diferencia sexual. *Revista Cuicuilco*, 7(18), 1-24. <https://n9.cl/sm2d0>
- Laplanche, J. (2006). El género, el sexo, lo sexual. *Revista Alter* 2, 1-15. <https://n9.cl/fzm50>
- Le Tourneau, P. (2006). *La responsabilidad civil profesional* (Trad. J. Tamayo). Bogotá: Legis.
- Mantilla, F. (2007). El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano. *Opinión Jurídica*, 6(11), 131-150. <https://n9.cl/smjy9>
- Mariñelarena, J. (2011). Responsabilidad profesional médica. *Revista Cirujano General*, 33(2), 160-163. <https://n9.cl/84mk8>
- Mengoni, F. (1954). *Evolución del concepto de interés, estudio teórico, histórico y crítico del interés en los distintos períodos de la evolución humana* (Tesis doctoral). Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina. <https://n9.cl/sbvwt>
- Moreno, O., Esteva, I. (2012). Guías de práctica clínica para la valoración y tratamiento de la transexualidad. Grupo de Identidad y Diferenciación Sexual de la SEEN (GIDSEEN). *Endocrinología y Nutrición*, 29(6), 367-382.
- Parra, S. (2014). *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa*. (Tesis doctoral). Universidad Carlos III de Madrid, Barcelona, España. <https://n9.cl/qa97b>

- Rosenthal, N. (2021). *Endocrinología de la transexualidad*. En Melmed, S., Auchus, R., Goldfine, A., Koenig, R., Rosen, C. (Coord.). Williams. Tratado de endocrinología. Barcelona: Elsevier editorial.
- Santos, M. (2018). La responsabilidad médica (en particular en la medicina “voluntaria”): Una relectura desde el punto de vista contractual. *Revista InDret*, (1), 4-57. <https://n9.cl/18uk3i>
- Taboada, L. (2018). *Elementos de la responsabilidad civil. Comentarios a las normas dedicadas por el código civil a la responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Tamara, A., (2013). Cuadrando el círculo: despatologización vs derecho a la salud de personas trans en DSM- 5 y cie-11. *Revista comunidad y salud*, 11 (1), 58-65
- Tamayo, J. (2001). *La responsabilidad civil*. Bogotá: Editorial Temis. <https://n9.cl/f5iwiu>
- Tamayo, J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil, tomo II*. Bogotá: Editorial Temis.
- Tena, E., Azparren, A., Donat, E. (2013). Estudio jurisprudencial en medicina satisfactiva. *Revista española de Medicina Legal*, 39(4), 162-167.
- Tenorio-González, F. (2004). Responsabilidad profesional del médico. *Cirugía y Cirujanos*, 72(6), 443-445. <https://n9.cl/7jdw08>
- Uribe, R. (1980). *De las Obligaciones y del Contrato en General*. Bogotá: Editorial Rosarista.
- Vale, O. (2019). Disforia de género: La psicopatologización de las sexualidades alternas. *Quaderns de Psicologia*, 21(2), 1-12. DOI: <https://n9.cl/fl8x8>
- Velásquez, O. (2013). *Responsabilidad civil extracontractual*. Segunda edición. Bogotá: Editorial Temis.

Vera, O. (2013). Aspectos éticos y legales en el acto médico. *Revista Médica La Paz*, 19(2), 73-82. <https://n9.cl/1h9wo8>

Vigil, C. (2004). Las Obligaciones de Medios y las Obligaciones de Resultado. *Revista Docentia et Investigatio*, 6(1), 101–109.

World Professional Association for Transgender Health –WPATH– (2012). Normas de atención para la salud de personas trans y con variabilidad de género. <https://n9.cl/q43z>

Yong, S., (2011). *Introducción a la responsabilidad pública y privada*. Bogotá: Ediciones Universidad Santo Tomás.

Acerca de los autores

About the authors

Carlos Eduardo Maldonado

Profesor Titular de la Facultad de Medicina. Universidad El Bosque

Profesor de la Maestría en Derecho Médico. Universidad Santiago de Cali

Grupo de investigación: Complejidad y salud pública

Correo: maldonadocarlos@unbosque.edu.co

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9262-8879>

Doctor en Filosofía por la Universidad Leuven en Bélgica. Además, es Dr. Honoris Causa de la Universidad de Timisoara en Rumania y tiene tres posdoctorados en Filosofía de la Ciencia (en Pittsburgh), Complejidad en la historia (en Washington) y Filosofía de las matemáticas de la complejidad (Cambridge). En 2018 recibió el Premio Latinoamericano Dr. Zenobio Salvidiva en la categoría 'Filosofía y Complejidad' en Santiago, Chile, un reconocimiento que entrega la Agencia Prensamérica Internacional.

José López Oliva

Profesor de carrera e investigador. Universidad Militar Nueva Granada

Profesor de la Maestría en Derecho Médico. Universidad Santiago de Cali

Correo: joselopezoliva@hotmail.com

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9308-2153>

Abogado por la Universidad Libre con amplia formación y experiencia investigadora. Postdoctor en Altos estudios del Derecho de la Universidad de Bolonia (Italia). Doctor en Derecho en la Universidad de Salamanca (España). Doctor en Bioética médica de la Universidad Militar Nueva Granada, con una tesis centrada en la responsabilidad y daño indemnizable. Magíster en Derecho de la Universidad de los Andes. Especializado en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, Derecho Penal y Probatorio de la Universidad del Rosario.

Andrea Alarcón Peña

Profesora de carrera e investigadora. Universidad Militar Nueva Granada

Correo: andreaalarconp@gmail.com

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4926-4288>

Abogada de la USTA dedicada a la docencia e investigación. Especialista en Derecho Comercial y de los Negocios. Magíster en Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia. Doctora en Estudios jurídicos, Ciencia Política y Criminología de la Universidad de Valencia (España). Postdoctora en Altos estudios del Derecho de la Universidad de Bolonia.

Diana María Rey Lema

Profesora Universidad El Bosque y Universidad Santiago de Cali
Grupo de investigación: GICPODERI – Universidad Santiago de Cali
Correo: dianamaria59@gmail.com
Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9456-9887>

Mónica Minow Cardona Rentería

Médica y cirujana Egresada Maestría en Derecho Médico. Universidad Santiago de Cali
Correo: moca.09@hotmail.com
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3365-1278>
Profesional del campo de la salud, actualmente laborando en procesos de auditoría médica. Además de médica y cirujana por la Universidad Santiago de Cali, es especialista en Gerencia en Servicios de salud de la misma Alma Mater, con amplia experiencia laboral en el área administrativa en salud.

Jorge Luis Restrepo Pimiento

Profesor de carrera. Universidad del Atlántico
Profesor de la Maestría en Derecho Médico. Universidad Santiago de Cali
Grupo de investigación: Invius
Correo: jorgerestrepo@mail.uniatlantico.edu.co
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6285-7793>
Abogado, especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social, Derecho Constitucional, Educación. Es Magíster en Salud Pública, Derecho con profundización en Seguridad Social en la Universidad Sergio Arboleda. Doctor en Derecho, Seguridad Social y post-doctor en Epistemología.

Hernando Uribe Vargas

Profesor Maestría en Derecho Médico. Universidad Santiago de Cali
Correo: uribe34@hotmail.com
Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4415-5218>
Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Notarial y Registral. Es magíster en Educación. En el ámbito académico, fue Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad San Buenaventura (2006-2016).

Jaime Alberto Palomino Arias

Abogado
Egresado Maestría en Derecho. Universidad Santiago de Cali
Correo: vivirelmundo3000@gmail.com
Orcid: <https://orcid.org/0009-0004-1319-0795>

Diego León Gómez Martínez

Magistrado Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca

Correo: diegogomez@usc.edu.co

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4681-6625>

Doctor en Derecho con orientación en Derecho Constitucional y Gobernabilidad en la Universidad Autónoma de Nuevo León (México). Máster in Global Rule of Law and Constitutional Democracy de la Università degli Studi di Genova (Italia). Abogado y Magister en Derecho de la Universidad Santiago de Cali. Antes de ingresar a la rama judicial, fue Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali.

Julián Cohen Ríos

Médico

Egresado Maestría en Derecho Médico. Universidad Santiago de Cali

Correo: juliancohen@hotmail.com

Orcid: <https://orcid.org/0009-0007-0599-3821>

Médico de la Universidad Libre. Abogado de la Universidad del Atlántico. Es magíster en Derecho médico, con experiencia asistencial en el área de consulta externa. Además, tiene experiencia en docencia como Médico capacitador líder del programa de prevención de responsabilidad médico-asistencial, administrativa como Médico de tutelas.

Juliana Sinisterra Quintero

Profesora. Universidad del Valle

Correo: juliana.sinisterra@correounivalle.edu.co

ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-1000-6748>

Abogada y magíster en Derecho con énfasis en derecho público por la Universidad Santiago de Cali. Doctora en Sociología por la Universidad del Valle. Se ha desempeñado como directiva y administrativa en educación superior, docente universitaria, abogada litigante, formadora de líderes universitarios y regionales e investigadora en derechos humanos, argumentación jurídica, sociología jurídica y sociología de la educación.

Pares evaluadores

Peer reviewers

William Fredy Palta Velasco
Investigador Junior (IJ)
Universidad de San Buenaventura, Cali
<https://orcid.org/0000-0003-1888-0416>

Marco Antonio Chaves García
Fundación Universitaria María Cano, Sede Medellín
<https://orcid.org/0000-0001-7226-4767>

Carolina Sandoval Cuellar
Investigador Senior (IS)
Universidad de Boyacá
<https://orcid.org/0000-0003-1576-4380>

Mauricio Guerrero Caicedo
Director del Programa de Comunicación de la Universidad Icesi, Cali
<https://orcid.org/0000-0001-6374-1701>

Kelly Giovanna Muñoz
Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Xochimilco, México
<https://orcid.org/0000-0001-7408-6108>

Gildardo Vanegas
Universidad del Cauca, Popayán
<https://orcid.org/0000-0003-3627-4516>

Claudia Ximena Campo Cañar
Universidad del Cauca, Popayán
<https://orcid.org/0000-0001-5352-3065>

David Leonardo Quitián Roldán
Investigador Junior (IJ)
Uniminuto, Villavicencio
<https://orcid.org/0000-0003-2099-886X>

Jairo Vladimir Llano Franco
Investigador Senior (IS)
Universidad Libre de Colombia, Seccional Cali
<https://orcid.org/0000-0002-4018-5412>

Alejandro Alzate
Universidad Icesi y Universidad Católica
<https://orcid.org/0000-0002-0832-022>

Arsenio Hidalgo Troya
Investigador Asociado (I)
<https://orcid.org/0000-0002-6393-8085>

Distribución y comercialización

Distribution and Marketing

Universidad Santiago de Cali
Publicaciones / Editorial USC

Bloque 7 - Piso 5

Calle 5 No. 62 - 00

Tel: (57+) (2+) 518 3000

Ext. 323 - 324 - 414

✉ editor@usc.edu.co

✉ publica@usc.edu.co

Cali, Valle del Cauca

Colombia

Diseño de carátula

Cover Design

Juan Diego Tovar Cardenas

Universidad Santiago de Cali

✉ librosusc@usc.edu.co

Tel. (602) 518 3000 - Ext. 322

Cel. 301 439 7925

Diagramación

Layout by

Editorial Diké

✉ dikesas.diagramacion@gmail.com

Cel. 301 242 7399

Este libro fue diagramado utilizando fuentes
tipográficas Literata en el contenido del texto
y Open Sans para los títulos.

Impreso en el mes de septiembre
Se imprimieron 100 ejemplares en los
Talleres de la Editorial Diké

Bogotá-Colombia

Tel: 301 242 7399

2024

Fue publicado por la Facultad de Derecho
de la Universidad Santiago de Cali.