

Contribución de la bioética clínica a la racionalidad jurídica punitiva en casos de responsabilidad
médica: límites y condiciones.

Fernando Enrique Rivera Lelion

Trabajo de grado para optar por el título de magíster en Bioética

Pontificia Universidad Javeriana

Instituto de Bioética

Maestría en Bioética

Bogotá D.C., 2022

Contribución de la bioética clínica a la racionalidad jurídica punitiva en casos de responsabilidad
médica: límites y condiciones

Fernando Enrique Rivera Lelion.

Dirección: Efraín Méndez Castillo

Pontificia Universidad Javeriana

Instituto de Bioética

Maestría en Bioética

Bogotá D.C., 2022

AGRADECIMIENTOS

El presente trabajo es el producto de una inquietud que me ha venido acompañado en el ejercicio de mi carrera como abogado litigante, docente y operador de justicia en materia disciplinaria, respecto a la manera en que se investiga en Colombia, penal y disciplinariamente a los profesionales de la salud con ocasión al ejercicio de sus saberes, llevándome una impresión no muy alentadora que moralmente me ha permitido reflexionar, siendo este humilde trabajo el primero de los requeridos en un largo camino para generar conciencia sobre la complementariedad que las investigaciones punitivas por responsabilidad clínica reclaman en justicia.

Agradezco a Dios, quien conoce realmente los esfuerzos y sacrificios ofrecidos para cumplir esta meta.

Agradecimiento especial a mi tutor, Dr. Efraín Méndez, por su paciencia, apoyo, acompañamiento y esfuerzo en este trabajo.

Igualmente agradezco a mi familia y amigos especiales como Kevin Garzón y Adolfo Castillo, quienes constante y especialmente en momentos de gran adversidad me brindaron apoyo, a través de textos, literatura, artículos, ideas, discusiones y expresiones de aliento para culminar este ejercicio, de la misma manera a mis compañeros de maestría con quienes pude sostener valiosas y enriquecedoras conversaciones que hoy han podido materializarse.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	7
INTRODUCCIÓN	8
Capítulo I. Planteamiento del problema en la investigación.....	13
1.1. Pregunta de Investigación.....	14
1.2. Objetivos	14
1.2.1. Objetivo general.	14
1.2.2. Objetivos específicos.	14
1.3. Justificación.....	15
1.4. Diseño Metodológico.....	21
1.5. Método de Investigación	22
Capítulo II. Marco de referencia.....	23
2.1. Estado del arte y deliberación frente a cada caso concreto	23
2.1.1. <i>Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. SC13925-2016. Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez.</i>	23
2.1.2. <i>Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. SC7110-2017. Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona.</i>	27
2.1.3. <i>Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, SC12449-2014. Magistrada Ponente: Margarita Cabello Blanco.</i>	31

2.1.4. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso: 33920. Aprobada en acta 121, 2012. Magistrado Ponente: Augusto J Ibáñez Guzmán.	35
2.1.5. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. SP1315-2019. Magistrado Ponente: José Francisco Acuña Vizcaya.	38
2.1.6. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Magistrado Ponente: Ricardo Pérez Manrique. 26 de marzo de 2021.	41
2.1.7. Decisión del Tribunal Nacional de Ética Médica. Providencia N.º 115-2010. Magistrado Ponente: Germán Peña Quiñonez.	46
2.1.8. Decisión del Tribunal Nacional de Ética Médica. Providencia N.º 83-09 de 2009. Magistrado Ponente: Fernando Guzmán Mora.	50
2.1.9. Decisión del Tribunal Nacional de Ética Médica. Septiembre 6 de 2005. Providencia No. 44-2005. Magistrado Ponente: Juan Miguel Estrada Grueso.	55
2.1.10. Decisión proferida por el Tribunal Departamental Ético de Enfermería Región Centro Oriental, del 29 de julio de 2016. Magistrada Ponente: Alba Lucía Roncancio Sierra.	57
2.1.11. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. SP 8759-2016. Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho.	60
2.2. Marco teórico y deliberaciones.	64
2.2.1. Argumentos Constitucionales que permiten afirmar la necesidad de incorporar en la racionalidad penal y disciplinaria la bioética clínica.	71
2.2.2. Argumentos ético funcionales que permiten afirmar la necesidad de incorporar en la racionalidad penal y disciplinaria la bioética clínica.	77

2.2.3. Argumentos filosóficos que permiten afirmar la necesidad, legitimidad y validez de incorporar en la racionalidad penal y disciplinaria la bioética clínica, así como el fundamento a través del cual se complementan moral y derecho.	79
2.2.4. Del pensamiento latinoamericano que comparte la complementariedad entre el derecho, la ética y la moral en la resolución de casos concretos. (De Zan, 2004)	86
2.2.5. De la forma en que corresponde a los jueces penales y autoridades disciplinarias incorporar en sus respectivas racionalidades la bioética clínica que orientan y examinan la conducta de los trabajadores de la salud en ejercicio de su profesión	88
2.2.6. Incorporación de los principios, valores y recursos conceptuales de la bioética en el razonamiento judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	92
2.2.7. Complementariedad de la bioética clínica en la racionalidad jurídica punitiva por casos de responsabilidad médica, límites y condiciones	95
2.3. Marco conceptual.....	100
2.3.1. Bioética clínica:	100
2.3.2. Ética médica:.....	101
Capítulo III. Resultados y Análisis.....	103
CONCLUSIONES	108
REFERENCIAS.....	110

RESUMEN

El presente trabajo de investigación académica presenta un análisis sobre el estado actual de la racionalidad jurídica aplicada por los jueces penales y autoridades administrativas disciplinarias colombianas en casos por responsabilidad clínica o médica contra profesionales de la salud, que actuado en ejercicio de sus saberes resultan involucrados en problemas jurídicos de responsabilidad médica o clínica, racionalidad que se ve reflejada en la *ratio decidendi* de las sentencias judiciales de naturaleza penal y motivaciones administrativas que respectivamente dichas autoridades profieren. Esta investigación se llevó a cabo siguiendo una metodología de carácter cualitativo con un enfoque hermenéutico – analítico, a partir de una revisión bibliográfica, así como de jurisprudencia nacional e internacional y decisiones administrativas proferidas por autoridades deontológicas del país; por medio de la cual se elaboró el estado del arte teniendo en cuenta el concepto de bioética clínica entendido como una ética aplicable no sólo como criterio racional de toma de decisiones de carácter clínico, sino, también aplicada en la interpretación y valoración de la conducta de los profesionales de la salud en circunstancias clínicas concretas, determinándose que la bioética clínica configura otro saber o punto de vista objetivo, científico social, metodológico, sistemático y valorativo, a través del cual se evalúa la conducta clínica de los profesionales de la salud, lo que permite complementar la racionalidad judicial y disciplinaria de las autoridades punitivas del país que profieren este tipo de decisiones en procura de una determinación o providencia más justa.

Palabras claves: *ratio decidendi*, bioética clínica, ética profesional, *lex artis*.

INTRODUCCIÓN

“La medicina es una ciencia de la incertidumbre, y un arte de la probabilidad”

(William Osler, s.f. como se citó en Young et al, 2012)

El noble ejercicio de la medicina así como el de las demás profesiones de la salud se ha caracterizado por los riesgos que entraña su quehacer, los enormes retos que enfrenta y la constante incertidumbre al que se ve sometido en razón a que el objeto de estudio, análisis y cuidado, gravita sobre la salud y la vida del ser humano, en esa delicada labor pueden surgir diferentes factores generadores de riesgo capaces de ocasionar daños a la vida e integridad personal de los pacientes, no pudiendo ser todos atribuibles a los profesionales sanitarios, en razón, a que las contingencias no siempre pueden ser previstas o eliminadas en su totalidad, sino, disminuidas o administradas, razón por la cual se las ha definido socialmente como técnicas, oficios o profesiones de medios y no de resultados, por tal motivo los profesionales sanitarios solo pueden comprometerse a prepararse, actualizar sus conocimientos y a emplear los medios idóneos que tengan a su alcance conforme a determinados protocolos, directrices, reglamentos o estándares de optimización clínicos, para finalmente tomar racionalmente las decisiones clínicas que cada circunstancia en particular demande de ellos, a través de fundamentos ético - morales, que permiten ponderar y conciliar los saberes técnicos y científicos que este tipo de decisiones conlleva para proceder clínicamente de manera prudente.

Esta visión del riesgo que entraña el ejercicio de la medicina como profesión liberal, ha sido reconocida por la jurisprudencia colombiana al considerar que “los alcances de su práctica presentan un interés general para la comunidad, en la medida en que entraña un riesgo social

inherente a la preservación y mejoramiento de la especie humana, especialmente, desde un aspecto cualitativo” (Corte constitucional, C-116 de 1999, pp. 6-7).

Tal condición de riesgo ha permitido que para el ejercicio de la medicina y demás profesiones de la salud existan mecanismos institucionales de control social punitivos como el derecho penal y disciplinario confiados a los jueces penales y autoridades administrativas sancionatorias, que tienen como finalidad tutelar el bien jurídico de la vida e integridad personal, así como el mantenimiento adecuado de los deberes ético profesionales que se imponen en el ejercicio de las ciencias de la salud, respectivamente.

El ejercicio de la actividad médica o clínica puede generar daños a la vida o integridad de los pacientes, motivo por el cual, al indagarse penal o disciplinariamente sobre la presunta responsabilidad jurídica atribuible al profesional de la salud que ha tomado una decisión diagnóstica, pronóstica, o terapéutica, se produce una decisión de carácter absolutorio o sancionatorio que debe ser el resultado de una debida interpretación y análisis de las circunstancias que hacen parte inescindible de la conducta clínica objeto de investigación, en razón a que en materia de responsabilidad punitiva, -penal y disciplinaria-, está proscrita o prohibida toda forma de responsabilidad objetiva, es decir, no basta que al interior de un proceso penal o disciplinario se determinen y fijen probatoriamente las condiciones técnicas, científicas y deontológicas que forjaron la conducta clínica investigada, sino, que el aspecto racional intelectual, cognitivo, deliberativo y volitivo, que funge como elemento esencial fundante de la decisión racional clínica, debe ser analizado y ponderado en cada caso en concreto, actividad que ha de quedar expuesta clara y expresamente en la *ratio decidendi* de las sentencias penales, así como en las motivaciones de los actos administrativos sancionatorios proferidos en procesos originados por una conducta médica o clínica, siendo este el escenario específico donde surgen dos cuestionamientos, el primero respecto a la necesidad de que los jueces penales y operadores disciplinarios tengan en cuenta en sus respectivas racionalidades los principios, reglas, valores, métodos y recursos conceptuales de la bioética clínica, entendida

como una ética aplicada que permite tomar decisiones en el ejercicio de las profesiones de la salud, y el segundo respecto a cuál podría ser una de las formas en que puede hacerse dicha incorporación hermenéutica en la práctica jurídica.

El antecedente del presente trabajo surge en Colombia, en la Rama Judicial del Poder Público, específicamente en la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de justicia, quien profirió una sentencia el día cinco (5) de marzo de mil novecientos cuarenta (1940), por medio de la cual resolvió un problema jurídico al interior de una acción de perjuicios originada en el ejercicio de la actividad profesional de un oftalmólogo, donde se tuvo como base de la investigación judicial la relación de causalidad existente entre el acto médico realizado por el profesional de la salud y el daño en la integridad personal sufrido por el paciente.

Este podría ser el primer antecedente documentado jurisprudencialmente en Colombia de que se tenga evidencia, por medio del cual se puede constatar la forma en que la máxima autoridad judicial civil argumentó de manera expresa sobre la necesidad de tener en cuenta en la investigación judicial originada en una actuación clínica, los valores morales de la profesión médica.

Dicho argumento tuvo en cuenta un amplio criterio de valoración de la conducta médica que complementó al técnico-científico de la *lex artis*, sobre el que generalmente hasta la fecha se vienen haciendo y agotando las interpretaciones, análisis y valoraciones jurídicas de las conductas clínicas investigadas penal y disciplinariamente.

Debe observarse que en la actualidad la investigación, valoración e interpretación de los hechos clínicos al interior de los procesos penales y disciplinarios, es realizada sin una visión completa del contexto en donde surge se desarrolla y concreta la conducta clínica por la cual se indaga punitivamente. Generalmente son tenidas en cuenta por parte de los operadores jurídicos penales y disciplinarios las reglas de la *lex artis*, las éticas deontológicas y lógicamente las normas o reglas de derecho respectivas, lo cual resulta legalmente necesario pero hermenéutica

y constitucionalmente insuficiente, situación que afecta el valor de la justicia que ha de caracterizar este tipo de decisiones punitivas.

En la sentencia de 1940, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia presentó un argumento que este trabajo pretende reivindicar, no solamente alentando nuevamente a su práctica, sino, mostrando ética y jurídicamente cómo hacerlo, es decir, señalando uno de los caminos argumentativos filosóficos y jurídicos por medio del cual se pueden incorporar los principios, valores, métodos y recursos conceptuales de la bioética clínica como un criterio moral hermenéutico en las investigaciones penales y disciplinarias seguidas en contra de profesionales de la salud con ocasión de la actividad clínica que desempeñan. Dicho esto, lo expresado por la Corte que resulta trascendental en este trabajo es lo siguiente:

No es el ejercicio de esas profesiones solamente la aplicación de los principios técnicos y científicos, sino, que está condicionada a normas protectoras del individuo y de la sociedad y que constituyen los elementos fundamentales de la moral profesional. La técnica y la moral condicionan por lo tanto el ejercicio honesto de dichas profesiones (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Agraria, S-05031940-2, 1940, pp. 115-122).

Esta manifestación de carácter institucional proferida por un órgano judicial colegiado de cierre, resulta de suma importancia como antecedente histórico fundacional del presente análisis, en razón, a que señala el momento en el que una autoridad judicial en Colombia incorporó un criterio hermenéutico adicional al de la *lex artis*, refiriéndose concretamente a la moral profesional para así poder entrar a comprender con mayores elementos circunstanciales de juicio la conducta clínica realizada por el profesional de la salud, para luego finalmente proferir la decisión que en derecho correspondió.

Resulta muy valioso para el presente trabajo poder observar que el análisis, interpretación y valoración jurídica de los hechos, realizado en aquel momento (1940) por el Magistrado Liborio Escallón, no se agotó en la observancia de aspectos técnicos, científicos y jurídicos, sino, que

al haber considerado circunstancias morales que condicionan el ejercicio honesto de las profesiones de la salud, redujo el riesgo de proferir una sentencia injusta que no consultara, cuestionara o se preguntara por todas las causas y condiciones que le dieron origen a la conducta clínica, así como el conjunto de deliberaciones, ponderaciones y juicios que los profesionales de la salud realizan en sus experiencias profesionales de manera previa, concomitante y posterior a sus decisiones clínicas, a partir de principios, valores y metodologías morales que orientan y delimitan el ejercicio de los profesionales de la salud.

Este trabajo se compone de tres capítulos: el primer capítulo corresponde al Planteamiento del problema en la investigación. Ahí se consignará la pregunta del problema de investigación, los objetivos, la justificación, el diseño metodológico y el método utilizado.

En el segundo capítulo denominado: Marco de referencia se encontrará el Estado de Arte y deliberación de los once casos analizados correspondientes a: Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Decisión del Tribunal Nacional de Ética Médica y del Tribunal Departamental Ético de Enfermería. Además, se encontrarán dos apartados que corresponden a: Marco teórico y deliberaciones y el desarrollo del Marco conceptual.

Finalmente, un tercer capítulo en donde se consignan los Resultados, análisis y conclusiones

Capítulo I. Planteamiento del problema en la investigación

La actualidad jurídica colombiana en materia de responsabilidad médica o clínica de carácter sancionatorio, -penal y disciplinaria-, se caracteriza por que el operador punitivo juzga decisiones clínicas tomadas por los profesionales de la salud a partir de los hechos que alcanza interpretar o comprender, apoyado en fuentes de derecho como la constitución, la jurisprudencia, la ley, la doctrina, la ética deontológica, y reglas de la *lex artis*, inobservando los condicionamientos morales a que hizo referencia el juez de 1940 arriba citado, los cuales en la actualidad han tomado una estructura conceptual más concreta y un reconocimiento internacional a través de lo que conocemos como bioética clínica, condicionamientos morales que de ser tenidos en cuenta permitirían al operador jurídico punitivo obtener un mayor ámbito de interpretación y comprensión circunstancial de la conducta clínica que se encuentra juzgando o valorando punitivamente desde una óptica penal judicial o administrativo disciplinaria.

Pese al influjo mundial que la Bioética clínica como ética aplicada (Correa et al., 2019) ha venido generando en el área de la salud, en las políticas sanitarias, y específicamente en la actividad clínica (Gracia, 1991); en Colombia la jurisdicción penal en materia de responsabilidad médica en mayor medida, así como los tribunales deontológicos de medicina y enfermería, han estado algo distantes, según Juan Pablo Faundéz, de “esta instancia interdisciplinaria que hoy se considera un prerrequisito fundamental a la hora de tomar decisiones que van más allá de la mera aplicación técnico-médica” (Correa et al., 2019, p. 93). Como puede observarse, el problema de base en el presente análisis es de carácter ético en razón a que los jueces penales y operadores disciplinarios tienen el deber ético-moral de proferir respectivamente sentencias y decisiones justas que solo se pueden alcanzar apreciando y valorando en cada decisión penal o administrativa sancionatoria todas las circunstancias que influyeron o determinaron la decisión clínica tomada por parte de los profesionales de la salud, por tal razón, la decisión del juez y del operador disciplinario comporta un acto jurídico y moral que acarrea una responsabilidad ética

totalmente distinta a la responsabilidad judicial que en derecho corresponda, es dicha visión moral la que se cuestiona por la “validez ética del derecho y a la necesidad de idoneidad ética en el juzgador atento a su capacidad de elección entre las diversas respuestas que ofrece el derecho vigente para el mismo caso” (Vigo, 2007, p. 9).

1.1. Pregunta de Investigación

¿Por qué resulta necesario en las investigaciones punitivas por responsabilidad médica, que el operador jurídico tenga en cuenta, analice e incorpore en su racionalidad, los principios, valores, procedimientos y recursos conceptuales de la bioética clínica que orientan y examinan la conducta humana de los trabajadores de la salud en ejercicio de su profesión, como un criterio adicional al de la *lex artis* y la deontología profesional?

1.2. Objetivos

1.2.1. Objetivo general.

Estudiar si es conveniente que los principios, valores, métodos y recursos conceptuales de la bioética clínica sean incorporados en la racionalidad práctica de los operadores jurídicos al interior de los procesos punitivos penales judiciales y disciplinarios administrativos, tramitados por responsabilidad clínica o médica contra profesionales de la salud, para que sus fallos y decisiones puedan resultar más justos, o no arbitrarios, en la medida que cuenten con todos los factores o elementos circunstanciales que orientaron e influyeron en la conducta clínica objeto de valoración punitiva.

1.2.2. Objetivos específicos.

Analizar cuáles son los límites y las condiciones jurídicas que se imponen a los principios, procedimientos, valores y recursos conceptuales de la bioética clínica, para poder ser incorporados en la racionalidad penal judicial y disciplinaria sancionatoria, frente a casos por responsabilidad médica o clínica.

Encontrar información relacionada con la responsabilidad médica o clínica, de carácter punitivo, a través de la revisión de decisiones penales y disciplinarias, incorporando excepcionalmente algunas sentencias de carácter civil, en razón al aporte argumentativo que este tipo de decisiones prestan al objetivo del presente trabajo.

Evidenciar a partir de sentencias penales y decisiones disciplinarias administrativas, proferidas en procesos por responsabilidad médica, como la incorporación de principios, valores, métodos y recursos conceptuales de la bioética clínica en la racionalidad jurídica del operador punitivo, genera una interpretación y comprensión complementaria más amplia de la conducta clínica investigada punitivamente, a la ofrecida a partir únicamente de criterios técnico-científicos y deontológicos que generalmente son utilizados en este tipo de procesos sancionatorios.

Señalar uno de los caminos o formas legales, por medio de los cuales se podrían incorporar los principios, valores, métodos y recursos conceptuales de la bioética clínica a la racionalidad jurídica punitiva en materia de responsabilidad médica o clínica.

Generar conciencia ético-jurídica de la necesidad, deber y facultad que tienen los operadores jurídicos en Colombia al proferir decisiones punitivas por responsabilidad clínica, de complementar y articular en sus análisis y valoraciones, las reglas de la *lex artis*, y los principios deontológicos, con los valores, métodos y recursos conceptuales de la bioética clínica, en búsqueda de una disposición justa que contemple todas las condiciones técnicas, científicas, éticas y morales que estructuran las decisiones clínicas caracterizadas por su estado de incertidumbre y complejidad.

1.3. Justificación

Las implicaciones prácticas de la presente investigación se reflejan positivamente en los procesos penales y disciplinarios tramitados por responsabilidad médica o clínica, donde generalmente se tienen en cuenta de forma preeminente los aspectos jurídicos, técnico-científicos y deontológicos que configuran el contexto del caso clínico particular investigado,

limitándose el operador jurídico a conocer, analizar, interpretar y valorar circunstancias del *ser*, sin apreciar en su totalidad aquellas del *deber ser clínico*, a partir de las cuales se orienta moralmente la toma de decisiones clínicas por parte de los profesionales de la salud en cada caso en particular, y que de ser tenidas en cuenta, les concedería a los operadores punitivos en sus correspondientes fallos y decisiones, la oportunidad de contar con el mayor número de información circunstancial proveniente de cada decisión clínica concreta teniendo los elementos valorativos suficientes para proferir una decisión justa que contemple, interprete, analice y valore los aspectos y condiciones técnicas, científicas, éticas y morales que orientan los deberes y las decisiones tomadas por los profesionales de la salud.

El presente análisis implica un proceso de justificación o elaboración de argumentos válidos que le permitan al operador jurídico punitivo colombiano comprender que los principios, valores, métodos y recursos conceptuales de la bioética clínica, como por ejemplo los desarrollados en el principalísimo, una de las formas paradigmáticas de mayor acogida en Latinoamérica, sin echar de menos otros modelos argumentativos de bioética clínica cuyos recursos conceptuales son igualmente importantes y de gran utilidad en el proceso de toma de decisiones clínicas; configuran un verdadero hecho institucional que construye o transforma realidades sociales de manera convencional a partir de una intencionalidad colectiva que necesariamente no siempre se optimiza a través del legislador o el derecho, sino, también de las convenciones, agremiaciones, colectividades, asociaciones u otras organizaciones sociales de carácter nacional e internacional que promueven valores y principios morales como lo hace la bioética clínica en el caso concreto del presente trabajo. Si bien es cierto, en principio y de forma directa, tales valores, métodos y recursos conceptuales de la bioética clínica no resultan vinculantes como normas de derecho dispuestas específicamente en todos los códigos deontológicos que reglamentan éticamente la conducta de los profesionales de la salud en Colombia, no lo es menos, que como declaraciones, convenciones, recomendaciones y demás instrumentos internacionales que contienen un conjunto de principios y valores fundamentales de

la bioética clínica, gozan de gran incidencia hermenéutica en la aprehensión y comprensión de las conductas desplegadas por los profesionales sanitarios, cuestión que resulta trascendental si lo que se pretende jurídicamente desde el punto de vista penal y disciplinario es tomar una decisión justa que comprenda en su conjunto la realidad del acto clínico como fenómeno técnico, científico, ético y moral.

Las implicaciones en el campo de la bioética clínica resultan ser afortunadas en razón a que la tesis del presente trabajo permite constatar efectivamente los aportes trascendentales de esta ética aplicada al campo del derecho penal y disciplinario en materia de responsabilidad médica, al fungir como un criterio hermenéutico que permite comprender más claramente las circunstancias concretas que configuran una decisión clínica, y así poder aplicar acertada o contextualmente las normas penales y disciplinarias que el operador jurídico ha de usar en las correspondientes investigaciones y decisiones punitivas frente a cada caso en concreto.

En la experiencia judicial colombiana se observa que en este tipo de investigaciones punitivas tramitadas contra profesionales de la salud, originadas en el ejercicio de una actividad clínica que hubiese generado daños a la vida e integridad personal de un paciente o sujeto de cuidado, los operadores jurídicos realizan sus análisis, interpretaciones y valoraciones, para luego tomar sus decisiones punitivas a partir de los lineamientos técnico-científicos dispuestos en las reglas de la *lex artis*, y en los contenidos normativos de los códigos deontológicos que determinan el comportamiento ético en cada profesión de la salud, que incluso en desafortunadas ocasiones suelen confundir, sin entrar a analizar y valorar los principios, valores, métodos y recursos conceptuales de la bioética clínica que orientan las decisiones del profesional de la salud, lo que genera un pronunciamiento judicial o disciplinario injusto y arbitrario al no tener en cuenta todas las condiciones que sirvieron de contexto y fundamento de la decisión clínica investigada punitivamente. En este escenario considero que se justifica analizar la manera en que podrían articularse los principios, valores, métodos y recursos conceptuales de la bioética clínica en la racionalidad propia de dichas investigaciones penales y disciplinarias, permitiendo a

los operadores punitivos en Colombia, ser conscientes no solamente de la facultad, sino, del deber de incorporar en dichas investigaciones y decisiones un estatuto hermenéutico idóneo y pertinente, que reduzca el estado de incertidumbre y complejidad, que de por sí, ya caracteriza la actividad clínica, permitiendo un mayor entendimiento y comprensión de la conducta realizada por los profesionales de la salud en Colombia.

En tal escenario administrativo y judicial de naturaleza sancionador se incorpora al juez penal y al operador disciplinario como protagonistas de la función que aquí se analiza, lo que conlleva indagar las facultades e incluso los deberes ético-jurídicos de estas autoridades punitivas en sus respectivos ámbitos procesales.

Desde el punto de vista de la factibilidad de la hipótesis que aquí se trabaja, a partir de la Constitución Política de Colombia y la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional, se señalará una de las posibles argumentaciones que permite incorporar en las decisiones penales, así como en las motivaciones expuestas en los actos administrativos sancionatorios proferidos contra profesionales de la salud, los principios, valores y recursos conceptuales que la bioética clínica emplea para el análisis de la conducta desplegada por los trabajadores sanitarios. Esta labor ha de tener en cuenta el derecho comparado, teorías jurídicas y los criterios filosóficos aquí expuestos, con especial atención o predominio de la Constitución Política de Colombia, para tal menester se cuenta con el apoyo de algunas posturas expuestas por tratadistas que a continuación se mencionan, decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Deontológico de Enfermería Región Centro Oriental y el Tribunal Nacional de Ética Médica.

Si bien es cierto, el problema planteado en el presente trabajo de tesis se origina en el seno de las correspondientes investigaciones penales y disciplinarias tramitadas en contra de profesionales de la salud por motivos de responsabilidad médica o clínica, no lo es menos, que dicha problemática se evidencia o concreta fácticamente en mayor número en la *ratio decidendi* de las sentencias judiciales penales, así como en las motivaciones de las decisiones administrativas sancionatorias, motivo por el cual resulta oportuno en este espacio determinar

en qué consisten las figuras de la *ratio decidendi* de las providencias judiciales así como la motivación de los actos administrativos sancionatorios.

Ratio decidendi o razón de la decisión y su diferencia con la *obiter dictum* en las sentencias penales.

Empecemos por señalar que las sentencias y las decisiones administrativas punitivas son las formas procesales en que, de manera ordinaria en un estado social democrático y derecho, se define argumentativamente un proceso judicial o un procedimiento administrativo. En lo que respecta a la sentencia judicial esta puede ser definida como el acto jurisdiccional comunicativo por medio del cual la autoridad judicial, juez o magistrados, resuelven ordinariamente un proceso, por tal motivo configura el acto jurisdiccional más importante del proceso penal. Frondizi (1994) la define como:

Un acto procesal conclusivo, mediante el cual el órgano jurisdiccional resuelve la causa, sea que juzgue sobre el fondo del asunto, sea que lo haga sobre cuestiones previas que puedan impedir un juicio sobre el fondo. Pero no es solamente esto. El juez, por medio de la sentencia debe dar respuesta a las cuestiones que los litigantes han planteado, a través de los argumentos y razones que han sometido a su consideración y decisión. No puede cancelar las razones de las partes; puede, sí, considerarlas no atendibles, pero dando cuenta del porqué, examinándolas críticamente (pp. 5-7).

Para efectos del presente trabajo académico resulta necesario precisar que los conceptos de *ratio decidendi*, *obiter dictum* y *decisum*, deben ser entendidos exclusivamente como un modelo o espacio argumentativo desarrollado en una sentencia judicial, es decir, como un ejercicio de comunicación y no desde el punto de vista de su función vinculante, jerarquía, etc., lo cual puede ser objeto de otros estudios o análisis jurídicos. Así las cosas, podemos señalar que la estructura argumentativa de la sentencia se divide en tres componentes que el lenguaje jurídico ha denominado como: *ratio decidendi*, *oviter dictum* y *decisum*.

La *ratio decidendi* de las providencias penales configura el espacio argumentativo de la sentencia judicial por medio del cual se exponen los argumentos jurídicos que sirven de sustento o premisas para justificar la decisión, es decir, es el conjunto de razones, valoraciones, interpretaciones, análisis y pruebas que lógicamente permiten motivar la decisión, así como el conjunto de “consideraciones sin las cuales el fallo no tendría pleno significado jurídico” (López, 2000, p. 37).

La Corte Constitucional, siendo magistrados ponentes Calos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, definió el concepto de *ratio decidendi*, diferenciándolo del de *oviter dictum* en los siguientes términos:

Por su parte, la *ratio decidendi* es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive. En cambio, constituye un mero *dictum*, toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario (Corte Constitucional, SU-047 de 1999, p. 51).

La *oviter dictum*, configura el espacio comunicativo de la sentencia judicial por medio del cual se exponen argumentos de valor indicativo o auxiliar, que brindan contextos históricos, sociales, políticos, económicos, jurídicos, etc., en donde se genera y desarrolla el problema de derecho que debe resolverse en la sentencia, ostentando un valor o “fuerza persuasiva”, como lo señala la jurisprudencia anterior citada.

Finalmente tenemos la denominada *decisum*, o decisión, espacio comunicativo conclusivo de la sentencia en el que se toma la determinación que en derecho corresponda, es decir, la forma en que se resuelve el problema jurídico o el conflicto social objeto del proceso judicial, así

como los efectos de dicha decisión, configura este aspecto de la argumentación, la resolución concreta del caso penal concluyendo si el investigado es o no responsable punitivamente.

Así llegamos al segundo escenario jurídico: motivación del acto administrativo sancionatorio. En donde se evidencia el problema de investigación planteado en el presente trabajo, es decir, ese otro espacio de argumentación a través del cual se presentan argumentos que justifican fáctica, legal y constitucionalmente dicho acto administrativo de naturaleza deontológica, como lo son aquellos proferidos por todos los tribunales éticos que valoran la conducta de los profesionales de la salud en Colombia, al respecto la Jurisprudencia del Consejo de Estado señala que:

La motivación de los actos administrativos es una carga que el derecho constitucional y administrativo contemporáneo impone a la administración, según la cual ésta se encuentra obligada a exponer las razones de hecho y de derecho que determinan su actuar en determinado sentido. Así, el deber de motivar los actos administrativos, salvo excepciones precisas, se revela como un límite a la discrecionalidad de la administración.

En este orden de ideas, los motivos del acto administrativo, comúnmente llamados "considerandos", deberán dar cuenta de las razones de hecho, precisamente circunstanciadas, y de derecho, que sustenten de manera suficiente la adopción de determinada decisión por parte de la administración pública, así como el razonamiento causal entre las razones expuestas y la decisión adoptada (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 00064 de 2018, p. 3).

1.4. Diseño Metodológico

En el presente apartado se presenta la metodología implementada, consistente en un enfoque cualitativo, hermenéutico - analítico, por medio del cual se puede evidenciar la necesidad

de complementar la racionalidad jurídica de los operadores punitivos en procesos de responsabilidad médica a través de la bioética clínica.

1.5. Método de Investigación

La presente investigación se realiza a través de una metodología cualitativa de análisis documental, utilizando como fuentes y objeto de estudio primario, la *ratio decidendi* de sentencias proferidas por la Sala Penal y Civil de la Corte Suprema de justicia, así como las motivaciones de las decisiones disciplinarias contenidas en actos administrativos proferidos por el Tribunal Deontológico de Enfermería Región Suroccidental y el Tribunal Deontológico de Medicina de Bogotá, seleccionadas a partir del problema jurídico y ético que abordaban, es decir, el de responsabilidad médica y de enfermería. Lo cual será complementado a partir del marco teórico que desarrollaré a continuación.

Capítulo II. Marco de referencia

En este capítulo se presenta una síntesis del estado del arte, el marco teórico y conceptual relacionado con los saberes que son aplicados por los jueces penales y operadores disciplinarios administrativos en Colombia cuando se encuentran investigando a profesionales de la salud con ocasión a sus conductas y decisiones clínicas.

2.1. Estado del arte y deliberación frente a cada caso concreto

La presente información corresponde a la selección temática y análisis de providencias judiciales en materia penal y civil, así como decisiones administrativas disciplinarias, proferidas por autoridades punitivas colombianas que conocen de procesos penales y deontológico disciplinarios contra trabajadores de la salud y con ocasión del ejercicio de sus profesiones, en un rango de tiempo que comprende los siguientes años: 2009, 2010, 2012, 2014, 2016, 2017, 2019, hasta el 2021.

Documentos que se concretan principalmente en sentencias proferidas por las Salas de Casación Penal y Civil de la Corte Suprema de Justicia y en decisiones administrativas ético-disciplinarias proferidas por el Tribunal deontológico de Enfermería Región Centro Oriental, así como por el Tribunal Deontológico Nacional de medicina, y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los cuales se exponen sintéticamente en los siguientes términos:

2.1.1. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. SC13925-2016. Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez.

Síntesis Fáctica:

Luz Deisy Román Marín de 40 años presentó un fuerte dolor abdominal y calambres en la pierna derecha debiendo ingresar por urgencias a la Clínica Las Vegas (Medellín) donde le suministraron líquidos endovenosos y le diagnosticaron “cólicos menstruales”, recetándole analgésicos por vía oral. Le dieron de alta. Al día siguiente, 30 de mayo de 2002, los dolores

continuaron, regresó al mismo centro hospitalario y le diagnosticaron infección renal. El 1 de junio la paciente volvió en razón a la persistencia de los insoportables dolores, el nuevo diagnóstico señaló que los dolores eran producidos por el dispositivo anticonceptivo que la paciente se había implantado desde hacía más de 10 años, para lo cual le recetaron tratamiento farmacológico. El 2 de junio, al persistir el dolor, Luz ingresó por urgencias donde el médico le explicó “que había ocurrido un error de diagnóstico pues se le había prescrito una medicina para una enfermedad que no tenía, dado que se encontraba invadida de ‘materia’ y era necesario operarla de inmediato. El diagnóstico previo a la cirugía fue de ‘apendicitis aguda perforada’ y los hallazgos arrojaron una apendicitis aguda con absceso y peritonitis localizada, signos de irritación peritoneal y abundante salida de secreción purulenta fétida”, describe la sentencia. El cuarto día, después de la operación, le dieron de alta aun cuando presentaba fiebre y malestar, lo que en criterio del médico era algo normal. Al no existir los medios para seguir siendo tratada en casa, el médico ordenó que continuara hospitalizada por un día más. “El 9 de junio, se dio de alta a la paciente y sólo se le recetó Acetaminofén”, describe el texto. El 12 de junio la paciente acudió a una revisión de rutina y el médico le manifestó que se encontraba en muy buenas condiciones. Posteriormente, la paciente tuvo que ser conducida por sus familiares a la Clínica Las Vegas, en donde debió ser intervenida quirúrgicamente en cinco ocasiones más durante un lapso de seis días, permaneciendo todo ese tiempo en la unidad de cuidados intensivos. El 23 de junio murió como consecuencia de un choque séptico, previa sepsis abdominal y peritonitis (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC13925 de 2016).

Tema central:

Responsabilidad médica patrimonial.

Marco conceptual pertinente a la presente investigación:

Lex artis. - Principio *alterum non laedere* (no hacer daño) - La prudencia como cálculo razonable.

Lex artis.

La *lex artis* médica, en suma, son los estándares de la medicina con base en la evidencia, la cual resta importancia a la intuición, la aplicación irracional de lineamientos, la experiencia clínica no sistemática y la justificación fisiopatológica (ojo clínico) como bases suficientes para tomar decisiones médicas, dando mayor valor a los resultados de los exámenes sustentados en la investigación científica (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC9193-2017, p.64).

La prudencia como cálculo razonable:

Se retoma lo mencionado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC13925 (2016):

La culpa civil es falta de prudencia. En la tradición filosófica que se remonta a Aristóteles, la prudencia no es una virtud del carácter o la moralidad (ética), sino del intelecto o razón (dianoética). «Parece propio del hombre prudente –afirma el Estagirita– el **ser capaz** de deliberar rectamente sobre lo que es bueno y conveniente para sí mismo para vivir bien en general (...) llamamos prudentes a los que, para alcanzar algún bien, razonan adecuadamente. Un hombre que delibera rectamente puede ser prudente en términos generales (...) La prudencia, entonces, es por necesidad un modo de ser racional, verdadero y práctico, respecto de lo que es bueno para el hombre» (Aristóteles, 1988, como lo citó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC13925, 2016, p. 37). La falta de prudencia o moderación es el obrar por exceso o por defecto: por defecto, cuando se incurre en desidia, descuido, negligencia, ignorancia, despreocupación o impericia; por exceso, cuando se actúa con precipitación, impertinencia, necedad, atrevimiento, temeridad, indiscreción, insensatez, irreflexión o ligereza. La inobservancia de reglas o normas preestablecidas de conducta es imprudencia *in re ipsa*, es decir que implica un juicio automático de culpa cuando tiene una correlación jurídica con el daño resarcible (p.38)

La violación de tales pautas, como ya se dijo, lleva implícita la culpa siempre que su inobservancia tenga una correlación jurídica con el evento lesivo. La función de estas reglas no es imponer consecuencias en el sistema de la responsabilidad extracontractual pues sus efectos se circunscriben al ámbito profesional, técnico o científico para el que están destinadas a regir; de ahí que el juicio de atribución de culpabilidad que se hace con base en las mismas no obedece a un mecanismo de subsunción o *applicatio legis ad factum*, sino a un proceso hermenéutico que toma como *tertium comparationis* las reglas de experiencia, de ciencia y de técnica propias del contexto en que el imputado se desenvuelve, con el fin de valorar su conducta a la luz de los estándares de prudencia (pp. 39-40).

No hacer daño:

La regla *alterum non laedere* (no dañes a nadie), atribuida a Ulpiano, se entendió como un precepto de la moralidad, mas no como una norma jurídica fundante de la obligación de resarcir los daños causados de manera injusta (p.18).

Metodología Utilizada:

Análisis de documento – responsabilidad civil por conducta médica.

Resultados:

El documento resulta útil en la presente investigación académica, en razón a que el deceso de la paciente se produjo por la deficiente e indebida atención médica, quirúrgica y hospitalaria prestada por la Clínica Las Vegas, toda vez que el error de diagnóstico inicial, la cirugía tardía y los errores médicos posteriores descompensaron el funcionamiento de su organismo y llevaron a la paciente a un estado crítico e insalvable, con ese panorama se presenta la resolución del problema jurídico, constitutivo en determinar la responsabilidad civil de los médicos que participaron en el diagnóstico de una mujer que falleció por negligencia médica, el análisis parte de un principio piramidal denominado "*alterum non laedere*", no hacer daño, el cual podríamos equiparar por su origen y naturaleza al concepto de no maleficencia propio del

principalísimo bioético, como acertadamente lo hace la Corte, al señalar que dicho principio se debe entender más como un principio de la moralidad, que como una norma de derecho, lo que permite inferir la necesidad que tuvo la magistratura, de recurrir a un principio que no se originó únicamente en disertaciones y conquistas jurídicas, sino, también en el ámbito moral y ético social.

El análisis permitió identificar principios de interés e importancia para el presente trabajo, que, inclinándose hacia el estudio de decisiones de carácter punitivo, -penal y disciplinario-, encontró en esta, como en otras sentencias de carácter privado, -civil-, unos criterios morales de valoración de la conducta médica, diferentes a los técnico-científicos y deontológicos. Principios como “no hacer daño”, “prudencia” y “explicaciones de razón”, demuestran que la Magistratura, no solamente recurre a normas de carácter jurídico y técnico-científicas para analizar y evaluar la conducta médica, sino, también a principios y criterios ético-morales que le permiten interpretar las condiciones o escenario natural donde surgen las circunstancias objetivas que le permitieron al médico encartado obrar de determinada manera. Esto genera un grado de conciencia en la comunidad jurídica del país, que seguramente con el tiempo y con el humilde aporte que puedan hacer este tipo de trabajos o esfuerzos académicos, permitirá en el futuro, que como regla general sean incorporados a la racionalidad jurídica punitiva de jueces penales y autoridades administrativas disciplinarias, los principios, valores, métodos y recursos conceptuales de la bioética clínica con el único fin de proferir decisiones o providencias objetivas y por tal razón justas.

2.1.2. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. SC7110-2017. Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona.

Síntesis Fáctica:

El médico de confianza de una paciente, frente al padecimiento de migraña frecuente que sufría, recomendó extirpar la vesícula. “En consulta con el especialista, el ahora interpelado, la paciente le informó su historial clínico, como ‘discinesia biliar con antecedentes de obesidad y

cirugía previa infraumbilical por tumor de ovario e histerectomía'. Pese a lo anterior, el médico concluyó en la necesidad de practicar, sin brindar otras alternativas, una 'colecistectomía laparoscópica', ni informar en forma detallada el procedimiento, ni las posibles secuelas", detalla la sentencia. El 15 de abril de 2004, el médico practicó la cirugía sin complicaciones. En la historia clínica se hizo constar que treinta horas después la intervenida sintió un fuerte dolor abdominal. "El 17 del mismo mes y año la paciente fue operada nuevamente, descubriéndose que en la intervención anterior se perforó el intestino delgado, lo cual ocasionó un shock séptico" -agrega el documento- quedando anotado en la historia clínica: "Herida 0.4 cm en intestino delgado (yeyuno) por adherencia (sic) a región periumbilical salida de material intestinal a cavidad. Necrosis grasa periumbilical" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC7110, 2017).

Tema central:

Responsabilidad judicial patrimonial por negligencia médica.

Marco Conceptual pertinente a la presente investigación:

lex artis. – Riesgo Inherente al acto médico. - Consentimiento informado.

Se retoma lo expresado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC7110 (2017) sobre los siguientes conceptos:

Lex artis.

De tal manera, probable es, que el médico en la ejecución de su labor lesione o afecte al paciente; no obstante, no puede creerse que al desarrollar su actividad curativa y al acaecer menoscabos lesivos, pretenda ejecutar un daño al enfermo o, incursione, por ejemplo, en las lesiones personales al tener que lacerar, alterar, modificar los tejidos, la composición o las estructuras del cuerpo humano. De ningún modo, el delito o el daño a la humanidad del doliente es la excepción; no es regla general, por cuanto la profesión galénica por esencia es una actividad ligada con el principio de beneficencia, según el cual, es deber del médico, contribuir al bienestar y mejoría de su paciente. Al mismo

tiempo la profesión se liga profundamente con una obligación ética y jurídica de abstenerse de causarle daño, como desarrollo del juramento hipocrático, fundamento de *la lex artis*, que impone actuar con la diligencia debida para luchar por el bienestar del paciente y de la humanidad, evitando el dolor y el sufrimiento (p.52-53).

Riesgo inherente:

Frecuentemente el médico se encuentra con los riesgos inherentes al acto médico, sea de ejecución o de planeamiento, los cuales son inseparables de la actividad médica, por cuanto no puede predicarse que la medicina sea una ciencia exacta y acabada, sino en constante dinámica y evolución. Al respecto, la literatura sobre responsabilidad médica, como la reiterada jurisprudencia de esta Sala, es pacífica en sostener y reconoce que la Medicina es una ciencia en construcción, y, por tanto, apareja la existencia de ciertos **riesgos inherentes** a la realización de ciertos procedimientos médicos, los cuales hacen que el daño derivado del acto médico no configure ninguna modalidad de culpa (p.54).

Consentimiento informado.

El consentimiento informado como derecho tiene límites, y como regla tiene excepciones. Hoy, adquiere una importancia especial por virtud del principio de autonomía de que es titular el paciente, porque además de constituir un deber galénico y un derecho del usuario del servicio, se ancla en los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la salud, y en el consecuencial derecho a la información; de modo que hoy no es viable ver la relación médico paciente desde un criterio paternalista como acontecía, dada la trascendencia de la libertad y del principio de autodeterminación (*pro libertate*) del paciente; es decir, así se garantiza el principio de la autonomía de la voluntad del aquejado (p.43).

El derecho al consentimiento informado exige para el paciente una información asequible y veraz, tanto de su enfermedad como de los procedimientos médicos, de los efectos principales y secundarios, de las disyuntivas terapéuticas y de los medicamentos para el mejoramiento de su salud, de tal manera que pueda adoptar la decisión acerca del acto

médico quirúrgico en relación con su propia vida, o ya sea para paliar su dolor o curar su enfermedad, o sobre la intervención de que pueda ser objeto su cuerpo (p.44-45).

Metodología utilizada:

Análisis documental – sentencia civil condenatoria por responsabilidad médica.

Resultados:

Resulta de gran importancia en el presente trabajo exponer específicamente unos principios desde donde parte la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sus consideraciones respecto a la obligación que tiene el médico de ofrecer el consentimiento informado, en este punto señaló la Sala que:

“Desde el juramento hipocrático, los médicos deben orientar la práctica médica en función de los principios de beneficencia y de no maleficencia o *primun non nocere* del paciente. El primero, dirigido a ayudar de manera positiva a su bienestar; y el segundo, a evitar que su daño físico o psíquico se incremente” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC7110, 2017, p. 37).

Esta afirmación da cuenta que para el alto tribunal existen principios y valores propios del ejercicio de la medicina, los cuales han surgido y se han venido desarrollando con la evolución de esta profesión, razón lógica y objetiva por la cual resulta necesario comprenderlos para luego sí proceder a realizar los juicios jurídicos que en derecho correspondan, es decir, para la Corte es claro que cualquier análisis, valoración o decisión jurídica que deba recaer sobre el obrar clínico del médico ha de partir del análisis e interpretación que se realice respecto a los principios de beneficencia y de no maleficencia, en esta medida la Corte reconoce expresamente principios ético morales esenciales para la toma de decisiones médicas, aunque equivocadamente considera que tales principios, valores y elementos conceptuales hacen parte de la denominada *lex artis*.

En la misma línea que se ha expuesto en este trabajo, la Corte exalta las bases constitucionales que en un estado social democrático y de derecho, detentan los principios de

beneficencia y no maleficencia, sin adscribirlos al modelo ético práctico del principalísimo como una de las formas de fundamentación de la bioética clínica al cual pertenecen, sino, que son comprendidos como “principios esenciales” con bases constitucionales que complementan derechos humanos tales como la dignidad y autonomía de las personas en los términos de lo dispuesto en los artículos 1, 12, y 16 de la Constitución Política. Resulta paradójico que continúe siendo la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, quien permita inferir la necesidad hermenéutica de comprender los principios, valores, reglas, métodos y elementos conceptuales de la bioética clínica en la interpretación, valoración, análisis y judicialización de casos por responsabilidad médica, no porque esté mal hecho o resulte indebido, -dicho sea de paso, afortunadamente es la abanderada en estos análisis- ; sino, porque tan riguroso esfuerzo hermenéutico y analítico se esperaría de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, quien al conocer de estos casos de responsabilidad médica debería fincar parte de su atención en los elementos y fundamentos que le permiten al profesional de la salud tomar las decisiones clínicas en cada caso concreto, máxime, cuando lo que se evalúa punitivamente es la conducta humana que parte de un fin propuesto o que desconoce deberes ético – sociales.

**2.1.3. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, SC12449-2014.
Magistrada Ponente: Margarita Cabello Blanco.**

Síntesis Fáctica:

La paciente sintió un fuerte dolor en el maxilar superior izquierdo, luego de ser valorada por el médico general fue remitida a un especialista maxilofacial. La odontóloga Eugenia Beatriz Gutiérrez asumió su atención y “dispuso la práctica de un TAC ART TEMPOROMANDIBULAR, diagnosticando una Osteoartritis Degenerativa en ATM izquierda y un osteoma en zona de 14”, señala el texto. La conclusión a la que arribó la odontóloga resultó determinante para la programación de una cirugía Menisectomía Condilectomía, luego de la operación fue señalado un sangrado escaso. Después la paciente acudió al consultorio de la profesional con el propósito de realizarse un control y para que le fueran retiradas las vendas que cubrían la parte del rostro

afectada con la cirugía, al verse al espejo constató que tenía la cara desfigurada. La paciente había sufrido una parálisis facial izquierda por cirugía ATM.

A raíz de dichos acontecimientos, por disposición de la profesional de la salud se dio inicio a varias terapias y se consultó algunos especialistas, entre ellos, al oftalmólogo Gerbrecht Olarte, quien el 29 de julio de 2003, no dudó en atribuir la parálisis a los efectos secundarios de la intervención quirúrgica a que había sido sometida.... Luego de asistir a varias terapias y atender diferentes citas con oftalmólogos se le informó a la paciente que la parálisis facial era definitiva; adicionalmente que debía someterse a una operación en el ojo izquierdo pues corría el riesgo de perderlo (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC12449, 2014, p. 4).

Tema central:

Responsabilidad civil médica.

Marco Conceptual pertinente al presente trabajo:

Acto y relación médico paciente. – Historia clínica. – Consentimiento informado.

Acto médico y relación médico paciente:

El ejercicio de la medicina se manifiesta en muchos casos a través de la relación médico-paciente, siendo la misma, según lo informa la Ley 23 de 1981, en su artículo 4º, el elemento primordial en la práctica médica.

El acto realizado por el experto debidamente acreditado, siguiendo las reglas y/o protocolo para cada caso, de manera lícita, con la intención de sanar o rehabilitar al enfermo, genera obligaciones y deberes, que, de incumplirlos, devienen en responsabilidad tanto de carácter civil como, en muchos eventos según las circunstancias, de orden penal, si ocasionan daño al paciente (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC12449, 2014, p. 20).

Historia clínica:

Por mandato normativo, la historia clínica consigna de manera cronológica, clara, precisa, fidedigna, completa, expresa y legible todo el cuadro clínico en las distintas fases del acto médico desde su iniciación hasta su culminación, a partir del ingreso del paciente a una institución de salud a su salida, incluso en la rehabilitación, seguimiento y control; contiene el registro de los antecedentes, y el estado de salud del paciente, la anamnesis, el diagnóstico, tratamiento, medicamentos aplicados, la evolución, el seguimiento, control, protocolo quirúrgico, indicación del equipo médico, registro de la anestesia, los estudios complementarios, la ubicación en el centro hospitalario, el personal, las pruebas diagnósticas, etc. Tratase de un documento probatorio sujeto a reserva o confidencialidad legal cuyo titular es el paciente y cuya custodia corresponde al profesional o prestador de salud, al cual puede acceder aquél, el usuario, las personas autorizadas por éstos, el equipo de salud y las autoridades competentes en los casos legales, ostenta una particular relevancia probatoria para valorar los deberes de conducta del médico, la atención médica al paciente, su elaboración en forma es una obligación imperativa del profesional e instituciones prestadoras del servicio, y su omisión u observancia defectuosa, irregular e incompleta, entraña importantes consecuencias, no sólo en el ámbito disciplinario sino en los procesos judiciales, en especial, de responsabilidad civil, por constituir incumplimiento de una obligación legal integrante de la respectiva relación jurídica (Corte Suprema de Justicia, 2011, como lo citó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC12449, 2014, pp. 28-29).

Consentimiento informado:

Recae nada más ni nada menos que sobre la vida, la salud y la integridad corporal de las personas, (...) de modo que la obtención de su consentimiento para la práctica de un acto médico exige el que, en línea de principio, se le haga cabalmente conocedor de

todas las circunstancias relevantes que puedan rodear la actuación del médico, obviamente en la medida en que este las conozca o deba conocerlas (Corte Suprema de Justicia, 2005, como lo citó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC12449, 2014, pp. 42-43).

Metodología utilizada:

Análisis – estudio de caso.

Resultado:

El concepto de deber médico utilizado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, condición fundamental para predicar judicialmente la existencia o inexistencia de responsabilidad médica imputable al profesional de la salud, se circunscribe únicamente al concepto de *lex artis ad hoc*, dejando por fuera el análisis de los valores que orientan las decisiones diagnósticas, pronósticas o terapéuticas propias del acto médico, es decir, la Corte en este caso consideró, que todo lo que se encuentre conforme a un orden técnico y científico, resulta ético - socialmente aceptable, lo que en concepto de este trabajo, puede llegar a desconocer principios fundamentales como el de la dignidad humana y la salud, reduciendo el objeto de análisis a un solo aspecto del acto clínico y de la decisión racional, este reduccionismo desconoce la complejidad del acto clínico y de los deberes médicos, situación que también abandona los principios y valores que estandarizan bioéticamente la relación médico paciente en el ámbito clínico. El concepto de deberes médicos utilizado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia debe ser entendido como más adelante lo señala la jurisprudencia en cuestión, dentro del ámbito conceptual del **humanismo y de la naturaleza humana**, principios fundamentales que permiten entender la necesidad de comprender el acto médico como una actividad racional que involucra en la deliberación y decisión del médico principios de orden técnico científicos y ético-morales.

2.1.4. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso: 33920. Aprobada en acta 121, 2012. Magistrado Ponente: Augusto J Ibáñez Guzmán.

Síntesis Fáctica:

La paciente se sometió a una intervención quirúrgica de implantación mamaria, inyección glútea y lipoescultura, la que practicó el cirujano estético M. de J.C. Para el tercer día del postoperatorio la paciente, según relata la sentencia “exhibía extensas zonas de enrojecimiento y úlceras de la piel del abdomen (eritema y epidermólisis) ... a las que sumó un intenso dolor, fiebre, vómito y malestar general”, vista otra vez en su domicilio por el médico, este le informó que se trataba de un proceso normal de recuperación, sin ninguna otra especificación que limitarse a ordenar diez (10) sesiones de cámara hiperbárica.

El proceso de sufrimiento de la piel que inició probablemente con el trauma causado por la liposucción superficial que habría ocasionado la ruptura de los vasos sanguíneos de los planos superiores del abdomen, se agudizó durante la fase postoperatoria y avanzó hacia una necrosis tisular de gran tamaño y a una infección grave producida por *staphylococcus aerus* y *pseudomonas aeruginosa*, patologías que no recibieron tratamiento distinto por dicho galeno, a la orden de otras diez (10) sesiones de terapia hiperbárica, la receta de un medicamento que no comportó cubrimiento antibiótico adecuado en tanto no se dispuso el cultivo pertinente para identificar el germen infeccioso y, el desbridamiento de la piel ampliamente necrosada, tardío y no controlado mediante hospitalización ... Como consecuencia de las lesiones causadas, se dictaminó una incapacidad médico legal definitiva de 45 días y secuelas consistentes en deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, P.33920, 2012, p.2).

Tema central:

Responsabilidad penal médica – Delito de lesiones personales.

Marco conceptual pertinente a la presente investigación:

Delito imprudente. – deber de información del médico al paciente.

Se retoma lo mencionado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, P.33920 (2012) en los siguientes conceptos:

Delito imprudente:

Para establecer si el facultativo violó o no el deber objetivo de cuidado y, con ello, creó o amplió el radio de acción del riesgo porque su actuar lo situó más allá del estándar autorizado o relevante, es imprescindible determinar cuál es el parámetro de precaución –protocolo, norma, manual, baremo o actividad concreta conforme a la *lex artis*- que se debía aplicar al caso específico o que hipotéticamente podría haber empleado otro profesional prudente -con la misma especialidad y experiencia- en similares circunstancias, para enseguida, confrontarlo con el comportamiento desplegado por el sujeto activo del reato (p.37).

“No podría ser de otra manera, pues el límite entre el riesgo permitido y desaprobado lo brindan los protocolos de la *lex artis* y el cumplimiento del deber de información que se concreta en el consentimiento informado” (p.73).

Deber de información:

El deber de información del médico al paciente constituye una de las obligaciones objetivas de cuidado de la más alta envergadura por cuanto de la transmisión completa y clara acerca del diagnóstico y el tratamiento a seguir con sus riesgos previsibles depende que el paciente ejerza por virtud de sus derechos a la dignidad humana y a la libertad en su componente de autonomía, la posibilidad de decidir si acepta el procedimiento o lo rehúsa (p.73).

Metodología utilizada:

Análisis documental– estudio de caso.

Resultados:

De los extractos redactados podemos determinar que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia desarrolló el concepto de delito imprudente limitándose al marco de las reglas técnico científicas de la *lex artis*, lo que en principio resulta correcto, pero insuficiente al desconocer en su análisis, que la conducta clínica no solamente se rige dentro de un marco de tipo técnico científico, sino, también ético deontológico y bioético clínico, cuyo fin consiste en orientar las determinaciones y decisiones de carácter diagnóstico, pronóstico o terapéutico tomadas en una situación específica por los profesionales de la salud.

La propuesta académica del presente trabajo consiste en reivindicar el rigor hermenéutico y analítico con el que los operadores jurídicos pueden estudiar la conducta clínica objeto de investigación punitiva, en razón, a que en algunas circunstancias concretas, el análisis de los motivos éticos o bioéticos tenidos en cuenta por el galeno investigado pueden variar los resultados valorativos de una conducta clínica que únicamente ha sido analizada a través de juicios *ex ante* y *ex post*, limitándose a observar el cumplimiento de unas condiciones técnico científicas, que si bien es cierto, resultan necesarias, no son suficientes para evaluar o analizar la racionalidad de la decisión tomada por el galeno. De hecho, se observa que la Sala no se encuentra convencida de que el estándar de la *lex artis* sea el único por medio del cual se puede inferir la existencia de una conducta imprudente del médico, lo que puede observarse cuando se refirió al concepto de conducta socialmente normal, el cual implica otros baremos, estándares o reglas sociales como lo son los principios de la bioética clínica.

Las anteriores argumentaciones permiten señalar la necesidad de la presente investigación, frente al vacío hermenéutico que existe por parte de la jurisdicción penal en Colombia, al considerar como suficiente la constatación del incumplimiento de alguna de las reglas dispuestas en *lex artis*, para poder calificarla como negligente, no obstante considera la existencia de otros estándares o “reglas sociales”, sin llegar a determinar que una de las principales en materia de toma de decisiones médicas, es la bioética clínica. No obstante, la Sala

Penal de la Corte Suprema de Justicia, al referirse al deber de información, señaló que en “una aproximación más reflexiva”, el deber de información entendido como conocimiento informado, era una condición o forma de hacer efectivos los derechos fundamentales a la dignidad humana y a la libertad del paciente en su componente de autonomía. Justamente por esos mismos argumentos, debiéndose agregar el derecho fundamental a la salud, es que resultaría constitucional la aplicación y análisis de los principios, valores y modelos metodológicos de decisión que entrañan la bioética clínica, en la medida que permiten amplificar tales derechos fundamentales del paciente y desde luego extender el marco hermenéutico del juez penal, pudiendo obtener más elementos de comprensión respecto de la conducta clínica que se encuentra juzgando.

2.1.5. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. SP1315-2019. Magistrado Ponente: José Francisco Acuña Vizcaya.

Síntesis Fáctica

Con ocasión de un trauma en la región genital sufrido por un menor de edad, su madre lo llevó a la Cruz Roja, en Bogotá, “donde lo atendió la médica Jeimmy Paola Vidal Bojanini, profesional que, con base en el examen físico y una ecografía testicular, le prescribió ibuprofeno, lo dio de alta y sugirió que consultara al pediatra”, (p.2) Como la madre del menor no recibió una orden escrita de remisión al especialista no fue atendida en la EPS.

La condición del niño empeoró y se quejaba constantemente, entonces lo llevó al Hospital San José, donde lo recibió el médico de turno José Guillermo Forero León, pediatra que lo valoró físicamente, leyó la ecografía que se le había realizado en la mañana, ordenó que continuara con el Ibuprofeno y lo remitió, aunque sin carácter prioritario, con el urólogo pediátrico. Como la salud del menor continuó en declive sus padres lo llevaron a la IPS de Compensar, allí lo atendió el pediatra Héctor Rojas Medina, lo revisó, cambió el Ibuprofeno por Naproxeno y al advertir una posible afección en el pecho, le ordenó terapias respiratorias.... Durante las terapias respiratorias,

ante el fuerte dolor expresado por el menor paciente, la terapeuta acudió a la pediatra Andrea Jimena Duarte, quien no más al observar, dispuso de manera inmediata intervenir quirúrgicamente... Durante el procedimiento estableció que el testículo izquierdo se había torcido y generando necrosis por falta de irrigación sanguínea, por lo que procedió a extirparlo (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 1315-2019, pp. 2-3).

Tema central:

Responsabilidad penal médica.

Marco conceptual.

Se retoma lo mencionado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP1315 (2019) en los siguientes conceptos:

Imputación objetiva y *lex artis*:

Claramente, el aumento del riesgo normativamente tolerable puede llegar a defraudar la expectativa que en torno a la idoneidad del galeno se debiera predicar por ser portador de un título académico y de la experiencia que lo autoriza y legitima para ejercer la profesión; ello, siempre y cuando la violación del estándar socialmente admitido se realice tras la asunción efectiva de la posición de garante, esto es, con el diagnóstico, tratamiento o post tratamiento capaz de causar un efecto nocivo y correlacional del bien jurídicamente tutelado, que se habría podido evitar —por ser previsible— de haberse actuado con las precauciones técnicas del caso (p.18)

Resulta claro que la obligación del galeno de actuar con el cuidado que el ordenamiento le impone para evitar la creación o intensificación de un riesgo innecesario, —fuera del admitido en la praxis—, y la consecuente realización de un daño relacionado con la fuente de riesgo que debe custodiar, determina la asunción de la posición de garante que se materializa en no ejecutar ninguna conducta que perturbe la idoneidad del tratamiento médico especializado que la ciencia y las normas jurídicas mandan en cada evento o, en otras palabras, en adecuar su

comportamiento al cuidado que le es debido de acuerdo con las fórmulas generales de la actividad (p.19).

Metodología utilizada:

Analítico – Estudio de caso.

Resultados:

De las categorías expuestas en la presente jurisprudencia se puede reconocer el estándar de la *lex artis*, como criterio fuerte o exclusivo utilizado por la Sala Penal de la Corte, para analizar y valorar la conducta médica objeto de la investigación punitiva, reduciendo equivocadamente el concepto de buena praxis, a una conducta médica que resulta valorada restringidamente a los estándares técnicos y científicos aplicables en cada caso clínico en particular, sin tener en cuenta el baremo deontológico y la forma en que se tomaron las diferentes decisiones clínicas, cuya interpretación resulta complementaria a partir de los criterios, principios, reglas, valores y métodos de la bioética clínica.

No obstante, en los argumentos expuestos se pueden identificar baremos o criterios no resaltados por la Magistratura, diferentes a los de la *lex artis*, como el denominado “estándar socialmente admitido”, en razón a la necesidad de entender más a fondo la conducta clínica de los galenos, revelándose así la necesidad de un criterio bioético clínico para complementar el ejercicio hermenéutico de lo que puede ser considerado como una buena práctica médica la cual no solamente se constata por el cumplimiento de estándares técnico-científicos, sino también deontológicos y bioético-clínicos. Tuvo en cuenta la Sala un argumento e interpretación diferente al técnico científico o estrictamente jurídico para valorar la conducta clínica de uno de los galenos, al haber fijado la atención a lo dispuesto por el Tribunal Ético Médico de Bogotá, quien se refirió a la conducta clínica “beneficente en busca de lo más conveniente para el paciente”, (p. 43) como criterio de su decisión.

Pese a que el Tribunal de Ética Médica de Bogotá permitió diferenciar los estándares por medio de los cuales evaluó la conducta clínica, es decir, la *lex artis* y el ético-moral, la Sala Penal los redujo equivocadamente a un solo criterio de valoración, al de la *lex artis*, lo que en concepto de este trabajo genera un error hermenéutico en detrimento de los análisis y valoraciones de antijuridicidad de la conducta médica, sin embargo, resulta muy importante considerar que la Sala Penal tuvo en cuenta el concepto del Tribunal Ético Médico de Bogotá, para tomar la decisión jurídica correspondiente, pudiéndose evidenciar el desconocimiento de los principios, reglas, valores, métodos y recursos conceptuales de la bioética clínica como estatuto hermenéutico pertinente para valorar jurídico punitivamente la conducta clínica.

2.1.6. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Magistrado Ponente: Ricardo Pérez Manrique. 26 de marzo de 2021.

Síntesis Fáctica:

Luis Eduardo Guachalá Chimbo tenía 23 años al inicio de su desaparición, de niño comenzó a sufrir ataques de epilepsia siendo diagnosticado de “trastorno mental y de comportamiento por disfunción cerebral, epilepsia”. De acuerdo con el peritaje médico “la crisis epiléptica ha sido definida como la aparición transitoria de síntomas que derivan de una actividad neuronal anormal excesiva o sincrónica en el cerebro, predisuestas por un conjunto de factores neurobiológicos, cognitivos, psicológicos y sociales”. La epilepsia es “un trastorno neurológico que puede estar vinculado a trastornos mentales”. Además, el señor Guachalá Chimbo tenía “síntomas psicóticos”, los cuales podrían estar relacionados con la epilepsia (Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2021).

El Hospital Psiquiátrico Julio Endara es una dependencia del Ministerio de Salud Pública del Ecuador, cuyo objetivo es brindar asistencia a los pacientes que padecen enfermedades mentales. El 4 de junio de 2003, la señora Chimbo llevó a su hijo al Hospital por primera vez, el paciente quedó allí internado durante todo el mes de junio recibiendo visitas de su madre cada

dos días.... De acuerdo con los registros del Hospital el paciente fue dado de alta el 2 de julio de 2003 en condición estable. Por falta de dinero el paciente no pudo acudir a controles médicos posteriores. A finales del mes de diciembre del año 2003 y durante el mes de enero de 2004, la salud de Luis Guachalá Chimbo empeoró, llegándole a dar crisis epilépticas cada media hora. En vista de ello, el 10 de enero de 2004 la madre llevó nuevamente a su hijo al Hospital Psiquiátrico. Una semana antes el señor Guachalá había suspendido la toma de los medicamentos prescritos, lo que causó una “reaparición del cuadro psicopatológico.... El jueves 15 de enero de 2004 cuando la doctora asignada llegó al hospital, le informaron que el paciente había sufrido una caída el día anterior por lo que procedió a suturar la herida en la región ciliar izquierda y a recetarle medicamento antiinflamatorio. El paciente fue visto por última vez por su familia el 10 de enero de 2004 cuando fue internado en el Hospital Julio Endara. (Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2021, pp. 9-13).

Marco conceptual pertinente a la presente investigación

Se retoma lo mencionado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2021, en los siguientes conceptos:

Igualdad y no discriminación

La Comisión en su argumentación “destacó que el señor Guachalá Chimbo es una persona con discapacidad mental. Alegó que la actuación del centro médico estuvo influenciada por ‘estereotipos sobre las personas con discapacidad mental para decidir autónomamente respecto de su propia salud, el internamiento y medicación realizadas sin su consentimiento son expresiones claras del predominio de tratamientos discriminatorios en los servicios de salud mental que privan a las personas con algún tipo de discapacidad mental, de poder decidir sobre su propio cuerpo y salud”. De este modo, “Ecuador restringió el derecho del señor Guachalá a decidir sobre su institucionalización basándose exclusivamente en su discapacidad, lo que representa una forma de discriminación”. Para la Comisión, el caso del señor Guachalá se

enmarca en la “problemática identificada por el [Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad] sobre la existencia del modelo de sustitución en la toma de decisiones y la institucionalización de personas con discapacidad sin su consentimiento en centros de salud mental y sin brindarles los apoyos necesarios para que puedan otorgarlo” (p. 21).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos recordó en la presente decisión, el contenido o significado de la discriminación, como el irrespeto a los derechos y libertades reconocidas en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, etc.

Derecho a la salud

Para el sistema interamericano de derechos humanos la salud es entendida como un derecho o garantía fundamental indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos, es decir, puede ser considerada junto con la dignidad como un derecho condición de los demás que le permite a la persona “gozar del más alto de bienestar físico, mental, y social” (p.32).

Acceso a la información en salud- Derecho al consentimiento informado

El consentimiento informado es un elemento fundamental del derecho a la salud. La exigencia del mismo es una obligación de carácter inmediato. Esta Corte ha señalado que la violación del derecho al consentimiento informado implica no solo una violación del derecho a la salud, sino también al derecho a la libertad personal, el derecho a la dignidad y la vida privada, y el derecho al acceso a la información.... El consentimiento informado del paciente es una condición *sine qua non* para la práctica médica, el cual se basa en el respeto a su autonomía y su libertad para tomar sus propias decisiones de acuerdo a su plan de existencia (p.37).

Metodología utilizada:

Analítico – Estudio de caso.

Resultados:

El concepto en cuestión fue desarrollado como tema y problemática por parte del [Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad], en donde se analizó la existencia del modelo de sustitución en la toma de decisiones así como la institucionalización de personas con discapacidad sin su consentimiento en centros de salud mental sin brindarles los apoyos necesarios para que puedan otorgarlo, es decir, se cuestionó si las personas con cierta discapacidad mental podían prestar su consentimiento respecto a la necesidad de internación y tratamiento en establecimientos psiquiátricos, y si la subrogación casi que automática de su consentimiento para decidir sobre su propia salud generaba un trato discriminatorio en los servicios de salud. Para los efectos del presente trabajo ha de centrarse el análisis en aquellas situaciones que surgen directamente del ámbito clínico, en razón a que permitirán una interpretación y valoración a través de los estatutos, métodos y principios de la bioética clínica, tales como la dignidad, vida, integridad personal, y acceso a la información para brindar el consentimiento informado en materia de salud, igualdad y no discriminación. La sentencia reconoció la vulneración de varios derechos fundamentales del paciente, siendo objeto de especial atención para los fines del presente trabajo académico, el desarrollo y análisis presentado por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la garantía fundamental al consentimiento informado, como la más clara forma de optimización y ejercicio del principio de autonomía, así como un elemento fundamental del derecho a la salud. Para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el principio del consentimiento informado es una clara manifestación de la libertad del ser humano que encuentra su origen, principio y fin en la dignidad del hombre, obsérvese cómo se acude en las presentes circunstancias al concepto de dignidad sin vinculación a ninguna de las formas de fundamentación de la bioética clínica, sino, a partir de un fundamento filosófico idealista propio de la filosofía moderna como lo es el concepto Kantiano de dignidad el cual se ha incorporado en el constitucionalismo latinoamericano y obviamente en la deontología de los profesionales de la salud, configurándose el consentimiento

informado en una condición “sine qua non”, para la práctica de la medicina basada en el respeto a la autonomía y libertad del paciente haciendo posible que pueda tomar sus propias decisiones de acuerdo a un plan de existencia. No obstante, la sentencia en cuestión, cuando refiere que el consentimiento informado debe ser brindado personalmente a quien se someta a un tratamiento, utiliza como fuente de argumentación, estatutos de corte bioético como la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial, los Principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos, entre otros.

Si bien es cierto, los argumentos de la decisión en comento tuvieron como fundamento para la solución de uno de los problemas jurídicos, el concepto de consentimiento informado como principio por medio del cual se reconoce la autonomía e independencia de los pacientes, dicho principio fue incorporado a la decisión desde el punto de vista jurídico, es decir, a través del concepto de la dignidad como garantía fundamental o prerrogativa de los seres humanos. Sin que esto resulte bajo ningún punto de vista inapropiado, pudo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desarrollar el concepto a partir del estatuto hermenéutico de la bioética clínica, con el fin de interpretar y valorar la conducta de los profesionales de la salud dentro del ambiente natural y concreto en el que se desarrollaron los hechos, es decir, en el escenario clínico, el cual no puede ser valorado solamente desde la óptica jurídica, en razón a que esta resulta necesaria pero insuficiente para entender y comprender, que en las valoraciones, determinaciones o decisiones clínicas, pueden existir conflictos o choques entre principios, como ocurre con el denominado principalísimo que obliga a que estos sean ponderados en cada circunstancia clínica en particular debiendo ser ponderados o jerarquizados, de tal forma que bajo este estatuto hermenéutico pueden surgir justificaciones que permitan fundamentar o justificar la decisión clínica, diagnóstica, pronóstica, terapéutica, o de cuidado tomada por los profesionales de la salud, bien para confirmar su responsabilidad jurídica o bien para justificar su conducta.

Debe llamarse la atención respecto a que no es ajeno para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos el principalísimo bioético entendido como una ética aplicada, a partir de la

cual se interpreta y evalúa la conducta clínica, en razón a que existe, entre otros documentos, un artículo de investigación académica presentado por el Juez y Ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Dr. Sergio García Ramírez, denominado “Bioética y Protección de los Derechos Humanos ante la jurisdicción interamericana” (2007).

Incluso, y en gracia de discusión, podría señalarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el presente caso no empleo su doctrina en lo que respecta a la bioética clínica, como ella misma ha reconocido y señalado que se debe hacer, esto puede corroborarse a partir de lo afirmado en un documento institucional muy valioso denominado “Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 28 - Derecho a la Salud” (2020), donde afirmó:

En razón de ello, es fundamental que los órganos de supervisión profesional, al conocer y ejercer control sobre el ejercicio profesional de los médicos y sancionarlos disciplinariamente, lo hagan de forma imparcial, objetiva y diligente para amparar los bienes y valores a los que sirve el desempeño profesional, guiándose por los lineamientos generalmente aceptados de la ética, la bioética, la ciencia y la técnica. No es posible desconocer que las conclusiones a las que llegan los órganos profesionales pueden influir de manera significativa en el examen que hagan, a su vez, las instancias del Estado, aun cuando éstas no se hallan formalmente limitadas, condicionadas o vinculadas por aquéllos (pp. 115-116).

***2.1.7. Decisión del Tribunal Nacional de Ética Médica. Providencia N.º 115-2010.
Magistrado Ponente: Germán Peña Quiñonez.***

Tema central:

Responsabilidad médica punitiva-deontológica.

Síntesis Fáctica:

Los hechos del presente caso fueron compendiados por el Tribunal Nacional Ético de Medicina de la siguiente manera:

El Dr. R.A.B.R. se presentó en el CAI de Teusaquillo, para informar que en el LABORATORIO CLÍNICO PRO-SALUD se encontraba el cadáver de una mujer, y dijo: “la joven ingresó al Centro Médico aproximadamente a las 17 horas del día de ayer 31/01/06 manifestando que se sentía mal, por lo cual, en calidad de médico la atendió y minutos más tarde murió” agregó para justificar la tardanza en comunicar lo ocurrido que “por temor... se sentía asustado”. La policía se trasladó a ese lugar y encontró el cadáver de la Sra. V.V.S. en una camilla, cubierto por una sábana.

De acuerdo con la información dada por la hermana de la fallecida, J.P.V., el 31 de enero de 2006, la Sra. V.V.S. quién se encontraba con embarazo de 20 semanas, de acuerdo con un examen de ecografía que le habían practicado en el mismo laboratorio el día anterior fue al CENTRO MÉDICO LA GLORIA, acompañada de su hermana, y allí canceló \$500.000 (Quinientos mil pesos) para que le practicasen un aborto y luego, acompañadas por el Dr. R.A.B.R. fueron al Laboratorio Clínico PROSALUD donde la occisa Sra. V.V.S. ingresó a las 3 de la tarde y una hora más tarde el médico, acompañado del dueño del laboratorio, salió con una bolsa negra y horas más tarde le informaron que su hermana “se había agravado un poquito”.

Los hallazgos de la necropsia demostraron escasas laceraciones en el piso vaginal, endocérvix eritematoso sangrante con leve ectropión, ausencia de producto (feto, placenta, cordón), planteando los forenses como hipótesis “probable embolismo por células del líquido amniótico” y concluyeron en el dictamen que “la hoy fallecida se encontraba cursando el segundo trimestre del embarazo a quién por procedimiento mecánico le fue evacuado el producto de la gestación; ocasionando como consecuencia de ello la muerte” (Tribunal Nacional de Ética Médica, providencia 115, 2010, p. 255).

Marco conceptual reseñado pertinente a la presente investigación:

Principio de Beneficencia - Principio de Autonomía - Imprudencia.

Principio de Beneficencia

Escucharla y proceder en condiciones inseguras, esta última opción, la escogida por el médico la alejó de la beneficencia que, como principio, es exigible en todo acto médico. La beneficencia implica el deber de hacer bien al prójimo y para hacer el bien, el médico debe ponderar los beneficios esperados de su acción frente a los riesgos implícitos en ella y se trata de maximizar los beneficios y minimizar el potencial daño. Las circunstancias probadas en la actuación del médico B.R., muestran que maximizó los riesgos y minimizó los beneficios para la paciente. Los hechos demostraron que la paciente canceló dinero para acceder a los servicios del Dr. B.R. quién privilegió su beneficio económico sobre el beneficio de su paciente al practicar un aborto ilegal en condiciones de riesgo (p. 264)

Imprudencia

Un médico prudente ante las condiciones clínicas de la paciente hubiese procedido a indicarle pruebas de laboratorio y de imágenes que le permitieran comprender el estado real de salud de la paciente y de su gestación y sólo tras ello pensar en proceder a introducir unas pinzas de falsos gérmenes en el útero de su paciente. Así pues, la acción emprendida por el médico no tiene justificación en el estado actual del arte (pp. 266-267)

Principio de Autonomía

Cuando la paciente discutía con su hermana por la decisión de practicarse un aborto y la hermana le pidió que lo pensara, la paciente le había dicho “me dijo que no, que el médico le había dicho que se demoraba una hora y que no había ningún riesgo.” El diálogo anterior fue narrado por JOHANNA PATRICIA VENEGAS, coincide en todos los escenarios donde testificó y hace referencia a un tema central de la ética médica: el

respeto a la autonomía de BLANCA VIVIANA VENEGAS. En ninguna de las versiones que el Dr. B.R. ha tenido que compadecer, ha mencionado que le hubiese advertido a su paciente los riesgos inherentes a la inducción del aborto y menos aún del aborto inseguro.

Se considera que en Colombia se realizan más de 300.000 abortos clandestinos al año y los abortos inseguros constituyen la tercera causa de mortalidad materna y las secuelas del aborto son ampliamente conocidas. Se pregunta el Tribunal seccional si la paciente tenía derecho a conocer sobre el aborto, si tenía derecho a saber sobre las diferentes opciones para la práctica del aborto, del riesgo de sangrado, de la infección. ¿Se le mencionó que entre las posibles secuelas del aborto están la esterilidad y la pérdida de la capacidad de disfrute de la relación sexual? ¿Se le informó sobre el tromboembolismo?

El Tribunal considera que ella tenía derechos y si la paciente no recibió la información adecuada y suficiente sobre su condición de salud y sobre los potenciales riesgos que su petición implicaba, su consentimiento tácito no tiene ningún valor en tanto la característica de libertad que es inherente al otorgamiento del consentimiento faltó. Cuando el médico no se toma el tiempo necesario para informar a su paciente sobre su condición de salud, sobre su diagnóstico y las implicaciones del mismo, sobre las posibles alternativas terapéuticas y de las probables consecuencias, buenas y malas, está incumpliendo con su deber; esta falta de diligencia es negligencia médica. Esta negligencia priva a la paciente de la capacidad de conocer y asumir los riesgos, debiendo asumirlos quien está en capacidad de hacerlo: el médico (pp. 267- 268).

Metodología Utilizada:

Análisis de caso administrativo disciplinario.

Resultados

La decisión en comento resulta de vital importancia para la presente investigación académica, debido a que el Tribunal Nacional Ético de Medicina, tuvo en cuenta, con el fin de

poder determinar la responsabilidad ético disciplinaria del profesional en medicina, estándares bioético-clínicos, tales como los principios de beneficencia, no maleficencia y autonomía, lo anterior, ya que para poder valorar los supuestos fácticos que culminaron con la práctica de un aborto y el fallecimiento de la mujer gestante, tuvo que conjurar conceptos jurídicos como lo son los de negligencia, imprudencia, culpa, riesgo, y elementos bioético-clínicos como los mencionados en líneas precedentes, para poder de allí, concluir que resultaba procedente confirmar la responsabilidad disciplinaria del médico. Podemos observar en el presente caso, que el operador disciplinario amplió su enfoque hermenéutico analizando las condiciones naturales y concretas comúnmente aceptadas en el obrar clínico, valorando la conducta del médico encartado, a través de los principios canónicos de una de las formas de fundamentación de la bioética clínica, de los principios deontológicos de la medicina, de lo dispuesto en la *lex artis* y en las reglas del derecho; estatutos que definitivamente generan de manera complementaria un modelo de conducta clínica que impone condiciones morales, éticas, técnicas, científicas y jurídicas.

El análisis expuesto en la presente decisión resulta útil a esta investigación académica, en razón a que no solamente se puede diferenciar el estatuto hermenéutico del obrar clínico a partir de la ética médica, de la *lex artis* y las reglas de derecho, sino, también a partir de la bioética clínica, complementándose así el análisis punitivo de un caso clínico concreto. Por ende, puede afirmarse que las utilidades de las categorías bioéticas reseñadas tuvieron una incidencia mayúscula para la interpretación y valoración de la conducta clínica, así como para la adopción de la decisión sancionatoria emitida por el Tribunal Nacional Ético de Medicina.

2.1.8. Decisión del Tribunal Nacional de Ética Médica. Providencia N.º 83-09 de 2009. Magistrado Ponente: Fernando Guzmán Mora.

Tema central:

Responsabilidad médica punitiva-deontológica.

Marco conceptual reseñado pertinente a la presente investigación

Consentimiento Informado – Principios Éticos - Principio de Beneficencia y Autonomía.

Síntesis Fáctica:

La madre de una menor de edad, que sufre del síndrome de Pradder Willi, solicitó para inicios del año 2008, la interrupción voluntaria del embarazo de su hija por haber sido producto de una violación. El día 11 de enero de 2008, la paciente fue valorada por el médico ginecólogo investigado, cuando contaba con un embarazo de 18 semanas y dos ecografías pélvicas. Posteriormente, el día 23 de enero de 2008, fue valorada la paciente por el área de psicología. El ginecólogo, frente a una acción de tutela instaurada por la madre de la menor, ante el Juzgado Segundo Civil Municipal de Manizales expresó que:

No era posible establecer si la concepción fue producto de acto sexual violento, que en el momento de la consulta cursa entre 18 y 19 semanas de gestación confirmadas por dos ecografías previas, que la familia solicitó el servicio de interrupción voluntaria del embarazo y que el médico se negó por cuestiones de objeción de conciencia (no expresa exactamente cuales); que la paciente no se encontraba dentro de las causales determinadas por la sentencia C-355-2006, para incluirla dentro de aquellas que no penalizan el aborto; que el síndrome que la paciente presenta no es letal para su vida; que el epamin que ingiere puede causar malformaciones fetales que no son deletéreas para la vida del producto de la gestación; y que la remite a nueva ecografía, valoración por psicología, valoración genética y estudios de líquido amniótico (Tribunal Nacional de Ética Médica, providencia 83-09, 2009, pp.151-152).

Siguiendo con la exposición fáctica realizada por el Tribunal Nacional Ético de Medicina, se citarán dos apartes que resultan pertinentes.

El 1 de abril de 2008, recibe autorización para la prestación del servicio en la Fundación Médico Preventiva de la ciudad de Medellín y el 14 de mayo de 2008, ya con 36 semanas de embarazo, es sometida a cesárea programada y ligadura de trompas de Falopio el 27

de mayo de 2008, obteniendo recién nacido de sexo masculino, 3160 gramos, talla de 48 cm y Apgar de 6/8 en buen estado.

Se anota que esta paciente, además de su retardo mental por síndrome de Pradder Willi, era epiléptica desde la infancia, con episodios de incontinencia fecal y marcada dependencia de sus familiares por incapacidad severa que le impedía realizar actos de elemental complejidad. Incluso de acuerdo con la innecesaria valoración psicológica ordenada por el profesional, la paciente presenta episodios de autoagresión, aislamiento del medio, vocabulario restringido, incapacidad para emitir cierto número de sonidos, alteraciones de sensopercepción, marcha y equilibrios alterados, paratonía y trastornos del sueño. Además, trastornos de conciencia, desorientación temporoespacial, déficit de atención, ausencia de concentración, ausencia de abstracción, cambios bruscos del estado de ánimo, agresividad, angustia y falta de actitudes mínimas de cuidado personal (Tribunal Nacional de Ética Médica, providencia 83-09, 2009, pp. 152.)

Marco conceptual reseñado pertinente a la presente investigación:

Se retoma lo mencionado por Tribunal Nacional de Ética Médica, providencia 83-09 (2009):

Consentimiento Informado

La información que se presente debe ser verdadera, clara, completa y discutida con el mismo. Esta información es un derecho esencial del paciente para poner en ejercicio su libertad. De lo contrario, al presentar el médico una explicación errónea, falsa o malintencionada, no solamente se está faltando a un principio ético, sino está vulnerando la libertad de decisión del paciente (p. 187).

Principios Éticos

Existe consenso en torno a los pilares sobre los que se desarrolla la ética médica en la actualidad, porque sus características de universalidad sobrepasan los eventuales límites que las diferencias morales, sociales o religiosas entre los distintos grupos humanos podrían señalar. Estos principios, denominados por el filósofo inglés W. D. Ross de “prima

facie” son respeto por la autonomía, beneficencia - no maleficencia y justicia. Hace ya varios años se realizó el planteamiento de estos principios, apoyado por diferentes escuelas éticas, y la prueba del tiempo no ha mostrado la necesidad de incluir otros como “fundamentales” para la solución de los problemas éticos médicos o de modificar la aproximación basada en el enfoque que hemos mencionado (p.216).

“El ejercicio médico se fundamenta hoy en los tres pilares éticos de Autonomía, Beneficencia y Justicia” (p.220).

Principio de Beneficencia

El Principio de Beneficencia se halla estrechamente ligado a la profesión médica desde los inicios de su ejercicio científico en el siglo V a. C. En el Juramento Hipocrático se establece: “Prescribiré a los enfermos el régimen de vida y tratamiento que los beneficie, según mis conocimientos y mi criterio, y me abstendré de causarles daño o perjuicio”. En esta sentencia hipocrática se evidencian dos principios fundamentales de la ética: el de no maleficencia y el de beneficencia: el primero en “me abstendré de causarles daño o perjuicio”, resumido en el mucho más conocido “Primum non nocere”, de obvio carácter obligatorio, y el segundo en “prescribiré a los enfermos el régimen de vida y tratamiento que los beneficie”. En pocas palabras el principio de beneficencia consiste en buscar el bien. En la naturaleza de la relación médico-paciente se impone el deber de actuar para el beneficio del enfermo, es decir el deber de la beneficencia es inherente al papel del médico. Un médico que no está actuando por el beneficio del paciente, no está actuando como tal (p.217).

Principio de Autonomía

El Principio de Autonomía consiste en que a los individuos racionales debe permitírseles su autodeterminación, es decir se actúa autónomamente cuando las acciones son el resultado de las decisiones propias, de la voluntad del individuo. “Todos los seres sensibles apetecen, pero sólo las personas apetecen racionalmente, por tanto, la voluntad

no es otra cosa, que el apetito racional, donde radica, precisamente, la libertad, la cual significa la facultad de obrar con conciencia de las finalidades”. Según Aristóteles el alma racional tiene tres facultades: entendimiento, memoria y facultad; de tal manera que la voluntad aspira a aquello que el entendimiento le muestra. Quien esencialmente carece de entendimiento no tiene voluntad, pues no puede captar intelectualmente las finalidades. A la luz de los conceptos actuales, ampliando los conceptos aristotélicos, para poder ejercer la autonomía se requieren algunas condiciones “sine qua non”: capacidad, posesión del derecho, libertad e información adecuada.... Por otra parte, al no reconocer la incapacidad del individuo (ausencia de capacidad, libertad, posesión del derecho o información adecuada) para ejercer su autonomía y permitirle deliberar sin que pueda hacerlo, incurrimos en una falta por omisión, que denominamos negligencia. La negligencia es el descuido u omisión respecto a la conducta que se debe observar, y es una de las causales de culpa, que según la doctrina jurídica se presenta cuando “el agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar (pp. 217- 219).

Metodología Utilizada:

Análisis de caso administrativo disciplinario.

Resultados:

La decisión analizada ostenta un significado trascendental para la actual investigación académica. En efecto, el Tribunal Nacional ético de Medicina, al analizar la responsabilidad disciplinaria del galeno, fundamentó su decisión desde la postulación de los principios canónicos del principalísimo bioético tales como el de beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia, partiendo de estos para interpretar la conducta clínica del médico y así manifestarse sobre su la responsabilidad deontológica. Desde la perspectiva jurídica, resulta importante señalar que, en el presente caso, la responsabilidad punitiva del profesional de la medicina se estructuró a partir de un actuar omisivo, contrario al caso reseñado inmediatamente anterior en donde la

responsabilidad tuvo como pilar fáctico una conducta activa. Por lo anterior, la decisión del Tribunal Nacional Ético de Medicina dio un paso importante y contundente sobre la necesidad hermenéutica de aplicar los principios, valores, procedimientos y recursos conceptuales de la bioética clínica para resolver un caso punitivo disciplinario en concreto, interpretando la situación clínica desde todas sus condiciones y ámbitos posibles. La decisión permite conocer la forma como el Tribunal Nacional valoró la conducta del médico teniendo como parámetro de valoración, modelos conductuales fundamentados en los principios bioéticos de autonomía, beneficencia y no maleficencia para de allí determinar que el médico no obró conforme los postulados éticos del ejercicio profesional de la medicina comprometiendo de esta manera su responsabilidad disciplinaria.

2.1.9. Decisión del Tribunal Nacional de Ética Médica. Septiembre 6 de 2005. Providencia No. 44-2005. Magistrado Ponente: Juan Miguel Estrada Grueso.

Tema central:

Responsabilidad médica punitiva-deontológica.

Marco conceptual reseñado pertinente a la presente investigación:

Medicina y moral.

Metodología Utilizada:

Análisis de caso administrativo disciplinario.

Síntesis Fáctica:

Fueron descritos en la presente decisión en los siguientes términos:

Yo, HRB...con todo respeto me dirijo a Ustedes a fin de que se investigue la conducta penal o de responsabilidad ética médica en que pueda haber incurrido el doctor CILF cirujano, y la EPS SaludCoop Armenia, toda vez que tal como lo demuestro con los documentos adjuntos, tuvo a su cargo la paciente MJOL, a quien le practicó una Colecistectomía por laparoscopia, procedimiento que se puede realizar

ambulatoriamente, pero que posteriormente a la laparoscopia, la paciente fue trasladada al Hospital San Juan de Dios, inicialmente a quirófanos para una cirugía exploradora, encontrándose perforación de la 1ª Porción del duodeno. Posteriormente a la UCI por Falla Multisistémica debido a Shock Séptico posterior a la Colectomía por laparoscopia. La paciente no fue valorada ni atendida oportunamente con el desenlace trágico que Ustedes pueden observar en la respectiva historia clínica que adjunto de Hospital San Juan de Dios.... La paciente falleció por infección abdominal por peritonitis (Tribunal Nacional de Ética Médica, providencia 44, 2005, pp.18-24).

Marco conceptual reseñado pertinente a la presente investigación:

Se retoma lo mencionado por Tribunal Nacional de Ética Médica, providencia 44 (2005):

Medicina y Moral

En el título denominado obligaciones de medios y no de resultados, contenido en los considerandos de la decisión objeto del presente análisis, el Tribunal define la moral como cualidad intrínseca del ejercicio de la medicina diferenciándola de la ética, las cuales determinan su éxito. Así las cosas, entiende la moral como un compromiso de valores que debe ser observado en el ejercicio de la profesión.

Resultados

Resulta pertinente la presente decisión, en razón a que permite entender, que la conducta clínica tiene varios componentes que configuran verdaderos baremos respecto de los cuales se pueden juzgar o valorar punitivamente la conducta clínica, tales como las reglas de las *lex artis*, los principios éticos y los principios morales. En esa misma línea, Lilian Torregrosa ha señalado en la misma providencia “que la medicina es un contenido moral, una profesión cuyos miembros comulgan *con una serie de principios válidos* desde hace mucho tiempo y que se basan en el respeto hacia los demás y en el reconocimiento de su dignidad como seres humanos” (Tribunal Nacional de Ética Médica, 2005, p.433).

Los anteriores argumentos permiten inferir que el Tribunal realizó una valoración deontológica de la conducta médica en cuestión, teniendo en cuenta criterios jurídicos, los cuales expone a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, así como técnico-científicos, y morales, lo cual se evidencia cuando afirma entre otras, que el médico está “obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia y los dictados de su prudencia” (p.25). Se observa, que los argumentos presentados por el Tribunal, no adscriben dichos principios, cualidades o deberes morales al estatuto de la bioética clínica, no obstante, la trata de manera independiente para valorar la conducta de los médicos investigados, al punto de revocar la decisión de primera instancia por medio de la cual se había proferido auto inhibitorio, ordenando la apertura de la investigación disciplinaria correspondiente.

2.1.10. Decisión proferida por el Tribunal Departamental Ético de Enfermería Región Centro Oriental, del 29 de julio de 2016. Magistrada Ponente: Alba Lucía Roncancio Sierra.

Síntesis Fáctica

El día primero de septiembre de dos mil catorce (2014), en las instalaciones de la Clínica Universitaria Colombia, el señor Roberto Ramírez Correal, fue sometido a un cateterismo del cual salió en perfecto estado, fue llevado a la unidad de cuidados intensivos con el fin de obtener los cuidados necesarios y superar el examen realizado. Durante el transcurso de su reposo sufrió un accidente que le ocasionó múltiples traumas craneo encefálicos agudos. Por medio de un video de seguridad de la unidad de cuidados intensivos se observó como durante veintinueve (29) minutos no fue asistido, ni vigilado por el personal de la clínica, teniéndose en cuenta que se trató de un paciente de alto riesgo por su edad, y que era responsabilidad del personal de cuidados intensivos el velar por la seguridad y cuidado de los pacientes que allí se encuentran. Tras su caída, el paciente se encuentra en estado de coma inducido y con pronóstico reservado (Tribunal Departamental Ético de Enfermería Región Centro Oriental, 2016).

Tema central:

Responsabilidad disciplinaria por evento adverso.

Marco conceptual pertinente a la presente investigación**Beneficencia y no maleficencia.**

Analizando la actuación de la profesional, se debería iniciar intentando dar un esbozo de lo que debe entenderse por el principio de Beneficencia, afirmando que este consiste en la obligación de prevenir o aliviar el daño, hacer el bien u otorgar beneficios, deber de ayudar al prójimo por encima de los intereses particulares, en otras palabras, obrar en función del mayor beneficio posible para el paciente. La no maleficencia uno de los más antiguos en el ámbito médico hipocrático que según Gracia, es definido como principio de mínimos y es considerado de OBLIGATORIO cumplimiento por todo el personal de salud; Primum non nocere, es decir primero no hacer daño pero que también aplica el daño o el riesgo de producción del daño (p.16).

Metodología utilizada:

Análisis de documento – responsabilidad deontológica sancionatoria.

Resultados:

El caso en estudio resulta muy ilustrativo para el presente trabajo, en razón a que el análisis de culpabilidad realizado por este tribunal deontológico, por medio del cual se consideró a la enfermera sancionada como garante de los derechos de un usuario en salud, es muy claro frente a los criterios objetivos utilizados para determinar la responsabilidad disciplinaria que le fue atribuida. De forma expresa el tribunal señaló que la conducta clínica de la enfermera investigada fue valorada a través de los principios y valores éticos que caracterizan el

denominado acto de cuidado de la profesional de la salud, así, como a través de la reglas de la *lex artis ad - hoc*, ley del arte o regla de la técnica de actuación profesional, finalmente, desde el punto de vista de los criterios de valoración de la conducta clínica en un argumento concreto y respetuoso de las diferencias categoriales existentes entre las normas técnico-científicas, ético-deontológicas y de la bioética clínica afirmó:

Así se tiene que, si no se satisfacen las necesidades conforme a la priorización que de los mismos se realice, debemos acudir a los principios consagrados dentro del artículo 2º de la Ley 911 de 2004, para indagar si estos fueron respetados o no, evento último en el cual, de no cumplirse uno solo de ellos, se configuraría una posible falta. Dichos principios al tenor de la norma enunciada establecen: ... Los principios que se enuncian en la Ley 266 de 1996, capítulo I, artículo 2, los principios éticos de Beneficencia, No-Maleficencia, Autonomía, Justicia, Veracidad, Solidaridad, Lealtad y Fidelidad, orientarán la responsabilidad deontológica - profesional de la enfermería en Colombia (Tribunal Departamental Ético de Enfermería Región Centro Oriental, 2016, p.16).

Tal ejercicio hermenéutico y valorativo permitió al Tribunal Deontológico de Enfermería tener una visión más cercana de la conducta clínica investigada e interpretar de forma más completa el fenómeno clínico valorado, procurando una decisión disciplinaria justa, en el sentido de haber tenido en cuenta las condiciones esenciales que permitieron el resultado clínico en unas circunstancias particulares. Debe resaltarse la forma clara y expresa en que el Tribunal Deontológico de Enfermería se refirió a los criterios objetivos a través de los cuales debe valorarse la conducta clínica de la enfermera, en relación con el cuidado del paciente, correspondiendo estos a las reglas de la *lex artis*, y a los principios y valores de la ética y la bioética clínica que caracterizan el acto de cuidado de la enfermería. Fue a partir de este ejercicio hermenéutico de la conducta clínica, que el Tribunal deontológico pudo determinar la existencia de una conducta omisiva de carácter imprudente, no diligente, juicio de valoración al cual pudo

arribar teniendo en cuenta las exigencias legales pertinentes, las reglas de la *lex artis*, las ético-profesionales, y los principios de la bioética clínica.

2.1.11. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. SP 8759-2016. Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho.

Síntesis Fáctica:

El 24 de julio de 2007, el patólogo José Édgar Duque Echeverry emitió informe de patología en el cual reportó el hallazgo de carcinoma ductal de tipo tubular con cambios fibroquísticos en el tejido mamario de la paciente María Teresa Restrepo Cañón. El resultado del estudio de patología no fue confirmado o descartado mediante la práctica de exámenes adicionales. Con fundamento en el citado informe y considerando que se trataba de un cáncer invasivo, el médico oncólogo, Jaime Ramón Rubiano Vinuesa, determinó que el tratamiento a seguir era la extirpación total del seno derecho... con vaciamiento de ganglios, procedimiento que realizó el 3 de septiembre de 2007. Un nuevo examen al tejido extraído, realizado por la patóloga María Teresa Ramírez Echave, estableció que no se trataba de una lesión maligna, sino de una adenosis esclerosante, lesión de naturaleza benigna. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 8759-2016, p. 2).

Tema central:

Responsabilidad penal por delito de lesiones personales culposas, causado en el ejercicio de la medicina - deformidad física de carácter permanente.

Marco conceptual pertinente a la presente investigación:

Se retoma lo mencionado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (2016):

Lex artis:

Entendida la *lex artis* como el conjunto de reglas científicas o de la experiencia, verificables y actuales, que integran el conocimiento aprobado por la comunidad

científica, es preciso decir, junto a la representante del Ministerio Público, que estas no pueden ser rígidas y aplicables por igual para todos los casos; su implementación e idoneidad dependerá de las circunstancias concretas que singularizan cada caso: no solo por la complejidad inherente al propio acto médico, sino también por las características del profesional que lo lleva a cabo (su especialidad, experiencia, criterio), la incidencia en los posibles resultados de ciertos factores como los antecedentes del propio paciente - incluidos los familiares-, los obstáculos o facilidades que ofrezca la organización sanitaria y la trascendencia vital que para el paciente conlleven las consecuencias del acto médico (p.41).

Imputación objetiva:

Dígase, en principio, que la teoría de la imputación objetiva enseña que para que un resultado le pueda ser atribuido a un agente, este ha debido crear o incrementar un riesgo jurídicamente desaprobado, y este riesgo creado debió realizarse en el resultado típico. Esta teoría, desarrollada en el artículo 25 de la Ley 599 de 2000, viene a replantear aquellas tesis que fundan el concepto de autoría exclusivamente en la causalidad, esto es, el vínculo o enlace entre acción y resultado (p.26).

Delito imprudente:

En conclusión, de acuerdo con la evolución doctrinaria y jurisprudencial del delito imprudente, lo esencial de la culpa no reside en actos de voluntariedad del sujeto agente, superando así aquellas tendencias ontologicistas que enlazaban acción y resultado con exclusivo apoyo en las conocidas teorías de la causalidad -teoría de la equivalencia, *conditio sine qua non*, causalidad adecuada, relevancia típica-, sino en el desvalor de la acción por él realizada, signado por la contrariedad o desconocimiento del deber objetivo de cuidado, siempre y cuando en aquella, en la acción, se concrete, por un nexo de causalidad o determinación, el resultado típico, es decir, el desvalor del resultado, que estuvo en condiciones de conocer y prever el sujeto activo (p.28).

El incremento del riesgo permitido puede llegar a defraudar la expectativa que se sustenta en la idoneidad de quien tiene un título académico y cuenta con la experiencia necesaria que lo legitima para ejercer la profesión médica: lo anterior, siempre y cuando la superación del riesgo permitido se realice tras la asunción de la posición de garante, ya sea a través de un diagnóstico, tratamiento o postratamiento capaz de generar una lesión al bien jurídico que se habría podido evitar -por ser previsible- de haber actuado el agente con las precauciones técnicas del caso (p.29).

Metodología utilizada:

Análisis de documento - sentencia condenatoria por responsabilidad médica.

Resultados:

Efectivamente, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, presenta en la *ratio decidendi* de la providencia objeto del presente análisis, motivos o razones para poder afirmar en este trabajo la necesidad de que en la racionalidad punitiva de los operadores penales y disciplinarios que conocen de conductas generadoras de responsabilidad médica, se tengan en cuenta los principios, valores y recursos conceptuales de la bioética clínica como forma de interpretar, valorar y contextualizar las decisiones de tipo diagnóstico, pronóstico y terapéuticas tomadas por los profesionales de la salud, esta necesidad se infiere de la necesidad expuesta por la Sala Penal, de fijar el marco en el cual se realizó la conducta médica y así poder señalar las normas que la gobernaron, a fin de develar si mediante la conjunción valorativa ex ante y ex post, el resultado que se produjo, podía ser imputado al comportamiento del procesado (Corte Suprema de Justicia, 2008, como lo citó la Corte Suprema de Justicia, 2016, p. 27).

En criterio de este trabajo, dicho marco de comportamiento debe ser entendido como aquel escenario donde se desarrolle la conducta clínica estandarizada a partir de reglas, principios, valores y métodos de la *lex artis*, la deontología profesional y la bioética clínica como justificación

moral en la toma de decisiones clínicas, estándares que comparten la misma finalidad de protección a los derechos del paciente, su familia y la comunidad. Resulta de importancia resaltar que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, de manera clara y expresa señaló, que para poder reconocer la conducta imprudente que genera como resultado un delito culposo, es necesario que el agente hubiese creado o aumentado un riesgo no permitido por “inobservancia de las reglas de conducta a las que debía sujetar su actividad” (p.28), esta afirmación permite cuestionarse en casos de responsabilidad médica, por las reglas de conducta a las que debería sujetarse un profesional de la salud en toda actividad clínica, lo que nacional e internacionalmente ha sido estandarizado a través de las normas de derecho, las normas deontológicas o éticas, las reglas de la *lex artis*, y los principios, valores, procedimientos y recursos conceptuales de la bioética clínica.

Esto permite inferir que en el argumento de la Corte Suprema de Justicia se reconoce que podrá o no afirmarse la responsabilidad culposa de un profesional de la salud, cuando se constate que éste hubiese desatendido las reglas de conducta a las que debía sujetarse su actividad profesional, esto implica para el operador punitivo, -penal o disciplinario-, el deber de interpretar, analizar y valorar la conducta clínica no sólo a partir de normas jurídicas, técnico-científicas y ético-deontológicas, sino, también a partir de los principios, valores y métodos de la bioética clínica como modelo hermenéutico de deliberación y decisión clínica. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia continúa reduciendo su interpretación de los hechos a partir de los criterios de la *lex artis* y las normas jurídicas, siendo estas necesarias, pero no suficientes para entender, valorar e interpretar en todo su contexto la conducta clínica, desconociendo parámetros objetivos, consensuados, vigentes y verificables, necesarios para tomar decisiones en el ámbito de la salud y las ciencias médicas, así como para valorar las conductas clínicas en circunstancias particulares. Es necesario que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la misma forma en que concibe la *lex artis* o la ética deontológica que reglamenta cada profesión de la salud, conciba la bioética clínica como un conjunto de principios, valores, métodos y conceptos

verificables, de contenido científico social producto de la experiencia, aprobados por la comunidad nacional e internacional, como un criterio hermenéutico que le permite analizar las valoraciones, ponderaciones y disquisiciones que generan las decisiones diagnósticas, pronósticas y terapéuticas, tomadas por los profesionales de la salud en cada caso en concreto. Reducir el análisis de la conducta clínica a la verificación del cumplimiento de las reglas técnico científicas y jurídicas aplicables en cada caso concreto genera decisiones injustas que no atienden a todas las condiciones que configuran la conducta clínica analizada penalmente.

2.2. Marco teórico y deliberaciones

Todo lo anterior demanda que metodológicamente se puedan describir diferentes modelos explicativos que permitan afirmar, negar o debatir la relación existente entre ética, moral y derecho, así como su articulación en los procesos punitivos de naturaleza penal y disciplinaria tramitados por razones de responsabilidad clínica o médica, motivo por el cual resulta pertinente plantear diferentes hipótesis de trabajo con el objeto de analizar distintas aristas de pensamiento respecto a la forma en que se puede concebir la relación entre ética, moral y derecho.

Así las cosas, conforme a lo anunciado empecemos señalando tres posturas que desarrollan de manera diferente la relación entre moral, ética y derecho así:

En la primera postura la ética y el derecho resuelven casos concretos en ámbitos totalmente diferentes, motivo por el cual el juez penal al fallar un proceso por responsabilidad médica no tendría por qué considerar los principios éticos y bioéticos que se aplican en la toma de decisiones clínicas, en razón, a que existen procesos por responsabilidad ético profesional, cuyo estándar de valoración normativa frente a las conductas clínicas investigadas se encuentra conformado por normas éticas especiales estipuladas en códigos deontológicos. La única

oportunidad en la que tales formas de control social de la conducta humana se relacionan, es cuando el legislador elabora o produce la ley, es decir, en el momento de su creación, no estando autorizado el juez penal, ni el operador disciplinario para valerse de argumentos ético-morales en la resolución de casos clínicos concretos.

Esta línea de pensamiento podría concretarse, afirmando que la ética y la moral son fuentes del derecho que fungen como semilla social impulsando la elaboración de las leyes, que una vez proferidas y publicadas, resultan suficientes por sí mismas, de manera que el operador jurídico no tiene que recurrir a deliberaciones ético – morales para aplicar la ley en cada caso en particular. Esta posición filosófica del derecho es propia del pensamiento “positivista – legalista”, caracterizado por la interpretación exegética o gramatical del contenido de la ley, donde se afirma que:

El juez no debe atender a lo que el legislador se ha propuesto, sino solo a lo que de hecho ha dispuesto; más exactamente: a lo que, como contenido de su disposición ha hallado expresión en las palabras de la ley según el sentido lógico, el gramatical y el que se infiere de su conexión sistemática. Solo le es lícito ejecutar la ley, pero no desarrollarla creativamente: “un perfeccionamiento de la ley es ciertamente posible, pero solo puede realizarlo el legislador, nunca el juez” (Larenz, 2010, p. 33).

Esta corriente ha generado varias líneas o variables de pensamiento jurídico positivo, pero que, en síntesis, comparten principios comunes. Corriente que surgió a finales del siglo XIX, y mantiene su auge hasta comienzos del siglo XX, con especies representativas tales como la escuela exegética o de la exégesis que surgió en Francia a finales del siglo XIX, con posiciones duras que permitían afirmar, como dice Andrés Botero (2015), que “así, la exégesis jurídica entronizaba al Estado y a sus normas de forma similar a como eran entronizados Dios y la Biblia por la interpretación católica” (p.89).

También podemos ubicar en este espacio autores que han trabajado la relación entre derecho y moral, defendiendo la autonomía e independencia de cada una de estas formas de direccionamiento conductual, sin apelar a concepciones *ius filosóficas* como el positivismo, sino, desde sus propios trabajos académicos en bioética, como es el caso de los tratadistas Jorge José Ferrer y Juan Carlos Álvarez, motivo por el cual se hace mención de su obra denominada “Para Fundamentar la Bioética”, donde exponen su concepción respecto a la relación existente entre moral y derecho, a través de un capítulo, que justamente lleva este nombre, “Moral y Derecho”, entendiéndose esta como el conjunto de valores, principios y reglas de comportamiento que a través de la costumbre han venido siendo heredadas generacionalmente, por las culturas o sociedades, en razón a su utilidad, necesidad y validez, como elemento unificador que genera identidad colectiva. De tal forma se presenta la moral como un elemento constitutivo e inherente de los seres humanos, en razón a unos criterios que justifican y permiten denominarlo el “animal moral”, tales como: a) La insuficiencia del instinto, b) La condición de racionalidad e inteligencia, c) Su autonomía, conocimiento y libertad, d) El sentido de responsabilidad, e) La índole comunitaria de la persona humana que se traduce en el principio de solidaridad, f) Su condición de vulnerabilidad (Ferrer & Álvarez, 2003).

Estos autores desde una breve mención del aristotelismo, estoicismo, tomismo, la tradición iusnaturalista secular y la liberal, presentan lo que denominan la historia de las discusiones sobre la moral y el derecho positivo, señalando con el estagirita, que la justicia tiene un origen *natural* y otro *legal*, caracterizándose el primero por su vinculación universal y el segundo por una vinculación local, es decir, que la ley legal solamente resulta vinculante para el grupo de personas, (cultura, pueblo o nación), que las promulgó y adoptó, confirmando así la autonomía entre la moral y el derecho en la resolución de casos concretos. Con el criterio Aristotélico confirmarían la separación definitiva de las reglas de derecho y de la bioética clínica al interior de las investigaciones judiciales y disciplinarias tramitadas contra profesionales de la salud por conductas realizadas en ejercicio de su profesión, no existiendo razón alguna para que

en sus respectivas decisiones, resultara necesario involucrar categorías y argumentos de la tradición moral o de la reflexión ética, en razón a que cada una de dichas tradiciones ético-morales y jurídicas, en la práctica deben bastarse dogmáticamente por sí solas, debido a que el legislador ha incorporado los valores tradicionales morales pertinentes en las leyes que sanciona o promulga.

A través de las líneas del pensamiento descritas, continúan los autores en cuestión, afirmando que la primera forma de regular la conducta humana emerge por la necesidad de vivir y subsistir “conforme a las exigencias de la propia naturaleza”, actitud que permite dar forma a una vida o al actuar virtuoso, es decir, la conducta humana será virtuosa, en tanto en cuanto garantice la subsistencia y preservación del individuo, sus semejantes y el entorno, de tal manera que obrar conforme a los lineamientos universales de la naturaleza configura un obrar racional, así las cosas, obrar de acuerdo con las exigencias de la naturaleza, es obrar conforme a la razón. Ya en Santo Tomás, este tipo de obrar virtuoso, (naturaleza y razón), permite la estandarización de normas que requieren de condiciones institucionales que le atribuyen legitimidad, tales como: a) que se trate de un mandato establecido por la razón, b) cuyo fin sea la obtención de un bien común, y c) que sea promulgada por autoridad competente (Ferrer & Álvarez, 2003). También tienen en cuenta la tradición iusnaturalista secular de John Locke, quien establece cuatro derechos humanos naturales, tales como la vida, la libertad, la propiedad y la integridad física, en cabeza de todos los seres humanos por su condición de tal, previamente a la existencia del Estado y de sus leyes, concluyendo al respecto que “*los derechos humanos son naturales y tienen un carácter moral*”, (Ferrer y Álvarez, 2003, p. 50) admitiéndose de esta manera una prioridad moral sobre el orden jurídico.

Ferrer y Álvarez concluyen que existe una diferencia entre derecho y moral, pero una profunda relación entre el orden moral y el jurídico, en donde el primero goza de mayor prioridad en el ámbito de la formación de la ley, configurando la moral un paradigma legitimador o de validez de la ley, motivo por el cual, bajo esta línea de pensamiento se puede afirmar que las

normas jurídicas no pueden desatender los principios, fines y valores morales que generan la cohesión y el tejido de una colectividad humana, señalan los autores: “la legalidad está al servicio del orden moral”, (p.53) razón por la cual resulta acertado afirmar que la moral no es derecho, ni el derecho es moral, pero sin moral no hay derecho, ambos paradigmas aplicados en la formación de la ley, permiten que esta pueda mantener la convivencia pacífica y el orden público de una colectividad humana.

Finalmente, esta concepción hace presa al operador judicial y administrativo de un positivismo ideológico, normativo o legislativo, que opera como instrumento de engranaje para la estabilidad del estado y el ejercicio de sus poderes, considerando los derechos y garantías más como una gracia, presente o favor de los gobernantes, que como un verdadero triunfo y reconocimiento universal democrático. Esta concepción normativa legalista del derecho no permite al operador disciplinario, ni al juez penal conocedor de un caso de responsabilidad médica, que en su racionalidad jurídica se incorporen los recursos conceptuales de la bioética, debido a que las normas penales y disciplinarias aplicables a cada caso en concreto, se presumen omnicomprendivas desde el punto de vista de contener todo sustento moral que el legislador consideró necesario, desnaturalizando la realidad clínica que se caracteriza por su alto grado de incertidumbre, no solamente técnico -científica, sino, ético–moral, dejando sin piso, los procesos valorativos que le permiten al profesional de la salud tomar la decisión clínica que considere en cada caso concreto. Este modelo restrictivo de pensamiento jurídico desconoce la realidad circunstancial respecto de la cual procesalmente se ha de pronunciar en términos de justicia, suplantándola por una judicial que deja damnificados a quienes hacen parte de la relación médico paciente o profesional de la salud paciente, en razón a que no se tiene en cuenta o no se interpretan las conductas de los profesionales de la salud dentro del escenario “clínico”, el cual se funda y progresa a partir de principios o criterios científicos, técnicos y ético morales, como sustrato de la decisión racional tomada por los profesionales de la salud investigados penal o disciplinariamente en razón al ejercicio de sus respectivas profesiones. No podemos echar de

menos el grado de injusticia que se genera en estas investigaciones a partir del concepto normativo positivista, si entendemos que en materia penal y disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, motivo por el cual, el factor subjetivo, es decir, la racionalidad médica configura un motivo de análisis y valoración penal y disciplinaria trascendental para poder declarar la responsabilidad o absolución del profesional de la medicina.

Debe tenerse en cuenta, que, en el análisis de la relación entre ética y derecho, los autores en comento han reducido el concepto de derecho al de ley, como si se tratara de una misma categoría, de la forma reductiva en que lo hacía la escuela clásica del derecho positivo en el siglo XIV, en donde se consideraba, o era imperante la supremacía de la actividad del legislador, idea propia de un modelo contractualista clásico, sin que existieran parámetros normativos diferentes a la legislación para la resolución de casos concretos.

Así las cosas, frente a la pregunta por medio de la cual se cuestiona, si los jueces penales y los operadores disciplinarios, en materia de responsabilidad clínica o médica, se encuentran sometidos al imperio de la ley como “derecho legislado” o también a otras fuentes de derecho, ha de contestarse, que con base al proceso de constitucionalización iniciado en 1991, con la Constitución Política de Colombia, el concepto de derecho no puede reducirse al de ley, como producto del legislador, siendo esta tan solo una de las denominadas fuentes de derecho que han de ser tenidas en cuenta por el operador penal y disciplinario en materia de responsabilidad clínica, bajo esta concepción constitucional del derecho, la ley como producto del legislador configura una fuente necesaria mas no sufriente para resolver jurídicamente los casos particulares que tengan como finalidad el estudio, análisis y valoración de las decisiones racionales tomadas por el personal de la salud en ejercicio de su profesión.

Una segunda línea del pensamiento filosófico-político del derecho nos ubica en otra posición extrema a la relación entre derecho y moral, cuya génesis es el denominado principio *Ius Imperi*

del Estado, - Por derecho de soberanía, o derecho del imperio. El cual ha generado en su seno dos variables ideológicas del derecho, tales como el “moralismo legal y el paternalismo jurídico”, a través de los cuales podría afirmarse que en la *ratio decidendi* de las sentencias penales y en las motivaciones de los actos administrativos sancionatorios, producto de procesos tramitados por responsabilidad médica o clínica, deberían prevalecer en su argumentación, las categorías y valoraciones efectuadas desde la moral dominante por una determinada sociedad, que no solamente tienen aplicación directa desde sus principios y valores, sino, que estos se incorporan a la ley positiva. Pensamiento *ius filosófico* que resulta actualmente acusado, al considerarse que sus normas no regulan o reglamentan la conducta humana, sino, que intervienen en la vida de las personas, motivo por el cual se afirma, que tales normas no son, ni pueden ser neutrales, en razón, a que necesariamente incorpora una serie de valores impuestos por una ideología colectiva imperante, circunstancia que resulta propia de la naturaleza colectiva humana, que en su interacción determina cuáles comportamientos tienen el reconocimiento, aprobación o desaprobación del sistema jurídico – político, en tales términos lo expone Ramiro Avilés (2004):

El problema de reconocimiento jurídico-político de una buena parte de esos comportamientos se debe a que el Derecho no es, ni puede ser, neutral (como son las leyes de la naturaleza), porque necesariamente incorpora una serie de valores...Puede decirse que no hay, pues, legalidad neutra y adiáfora: detrás de todo Derecho y de todo Estado hay siempre una concepción del mundo, unos u otros valores y por supuesto que, vinculados a ellos, unos u otros intereses. En toda legalidad se encuentra ya una legitimidad: la incorporada en las normas, la que (por uno u otro procedimiento, democrático o no) ha logrado hacerse legitimidad legalizada (p.124).

La idea representativa del denominado paternalismo jurídico consiste en que a una persona se le impone un comportamiento determinado de hacer o no hacer, por el hecho de que va ser mejor para ella, de otro lado, el moralismo legal criminaliza los comportamientos que

resultan ser inmorales o pecaminosos, como lo señala Ramiro Avilés (2004), a pesar de que estos dos conceptos resulten próximos, no pueden ser confundidos.

Finalmente damos paso a la tercera postura cuyo desarrollo guarda un especial interés al tratarse de los argumentos constitucionales, legales así como ius filosóficos que permiten fundamentar la tesis planteada en este trabajo, por medio de la cual se afirma el deber de incorporar los principios, valores, métodos y recursos conceptuales de la bioética clínica, en la racionalidad punitiva aplicable en los procesos por responsabilidad médica o clínica, como criterio hermenéutico por medio del cual se interpretan las conductas clínicas objeto de investigaciones y decisiones penales así como disciplinarias contra profesionales de la salud.

Esta concepción parte de una escuela filosófica del derecho denominada “derecho natural racionalista” (Corte Constitucional de Colombia, 1992), la cual resulta pertinente a este objetivo, debido a que la H. Corte Constitucional, fundó una muy importante decisión de constitucionalidad en dicha corriente filosófica del derecho, específicamente me refiero a la sentencia C-574 del 28 de octubre de 1992, a través de la cual, la Corte Constitucional dio alcance e interpretación al artículo noventa y cuatro (94) de la Constitución Política de Colombia.

2.2.1. Argumentos Constitucionales que permiten afirmar la necesidad de incorporar en la racionalidad penal y disciplinaria la bioética clínica.

El artículo noventa y cuatro (94) de la Constitución Política de Colombia (op.Cit), así como la sentencia de constitucionalidad anunciada, C-574 del 28 de octubre de 1992, por medio de la cual, la H. Corte Constitucional fijó alcances constitucionales de dicha norma, configuran en el presente trabajo, uno de los métodos prácticos constitucionales, por medio del cual, los jueces penales y operadores disciplinarios en Colombia deben incorporar en sus respectivas racionalidades jurídicas los principios, valores, métodos y recursos conceptuales de la bioética

clínica, cuando sus decisiones tengan como objeto de valoración jurídico punitivo, la conducta desplegada por un profesional de la salud.

Previo al desarrollo de esta hipótesis, resulta pertinente señalar lo expuesto por la Corte Constitucional, en la sentencia C – 574 (1992), de la siguiente manera:

El artículo 94 estableció la posibilidad de aplicar derechos no consagrados en el texto constitucional o incluso en los convenios y tratados ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos inherentes a la persona humana. De acuerdo con este texto constitucional, el valor inherente o fundamental no depende de la consagración expresa: es, pues, un valor normativo independiente de toda consagración en el ordenamiento positivo, tal como lo entendía el clásico derecho natural racionalista (p.102).

Este argumento vertebral en el presente trabajo, permite afirmar que la Constitución Política de Colombia, como norma de normas reconoce y concede validez en el sistema de fuentes de derecho colombiano, a una moral mínima vinculante, conformada por principios y valores con vocación universal, que configuran garantías inherentes a la persona, legitimadas en la aceptabilidad que de ellos se tenga por parte de la comunidad internacional en materia de derechos humanos.

Consideró la Gardiana de la Constitución que debido a la interacción económica y cultural, pudiéndose agregar en este trabajo otros fenómenos de interacción tales como la actividad científica, técnica y profesional, que caracteriza los servicios de salud en Colombia; y al reconocimiento de una “axiología internacional consolidada”; ha sido necesario:

Adoptar una concepción más flexible y adecuada a los tiempos que corren, que proteja el núcleo de libertad estatal propio de la autodeterminación, sin que ello implique un desconocimiento de reglas y de principios de aceptación universal. Sólo de esta manera puede lograrse el respeto de una moral internacional mínima que mejore la convivencia y el entendimiento y que garantice el futuro inexorablemente común e interdependiente de

la humanidad. La paz mundial y la subsistencia planetaria están en juego (Corte Constitucional, sentencia C –574, 1992, p.103).

Debe señalarse entonces, en qué consiste el naturalismo racionalista, entendido como la concepción filosófica que permitió a la Corte Constitucional, en un ejercicio hermenéutico realizado a través del artículo noventa y cuatro (94) de la Constitución Política de Colombia, ampliar el paquete de derechos fundamentales, a través de principios y valores que no tienen origen en el constituyente primario o el legislador colombiano.

El naturalismo racionalista es una posición filosófica del derecho y la filosofía política, muy influyente en la Edad Moderna, liderada por Hugo Grocio y Samuel Pufendorf, cuyo paradigma ofreció una vuelta de la institución al hombre, a su libertad y a los derechos humanos. Ruiz Miguel (2012), lo expone en los siguientes términos:

Una nueva forma de ver al hombre en sociedad que fundamentaría las revoluciones liberales –de la inglesa de 1688 a la americana y la francesa un siglo después– y que ha seguido teniendo una enorme relevancia hasta la actualidad. Esa nueva forma de ver el mundo político-social, se puede sintetizar bajo el rótulo de iusnaturalismo racionalista, que es la corriente de pensamiento que está detrás de la extendida creencia actual en que la única justificación del poder político es el consentimiento de los ciudadanos y la protección de los derechos humanos (p. 2.863).

Si bien es cierto, conforme al principio de legalidad dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, las normas de derecho punitivo se distinguen por sus características de *lex praevia* y *lex certa*, en cualquiera de las dos técnicas legislativas en que operan en Colombia, es decir, la de números cerrados para el derecho penal (*números clausus*) y la de números abiertos en el derecho disciplinario (*números apertus*), estructuras a la cuales se tienen que regir los jueces penales y los operadores disciplinarios; no lo es menos, que la complejidad y el grado de incertidumbre particular que caracteriza el ejercicio de las profesiones

de la salud, genera necesariamente un espacio interpretativo específico que exige del operador jurídico punitivo en casos de responsabilidad médica o clínica modular y situar sus análisis e interpretaciones jurídicas en ámbitos técnico- científicos y ético-morales, que ostentan una naturaleza autónoma y teórico-práctica formada a través de décadas de evolución, usos, tradición, valoraciones y discursos, que le han permitido elaborar sus propias categorías, dogmas, principios, reglas y metodologías, auspiciadas, debatidas, decantadas y organizadas internacionalmente a través de convenios, convenciones, declaraciones, recomendaciones, y directrices, entre otras manifestaciones de orden transnacional que han generado su evolución y estado del arte. No se trasgrede el principio de legalidad por la incorporación de los principios, valores, reglas, métodos y recursos conceptuales de la bioética clínica en la racionalidad punitiva de los operadores penales que tramitan procesos por responsabilidad médica o clínica, contrario censo sus principios y valores amplían el conjunto de garantías fundamentales de los pacientes, sus familiares o la comunidad que hace parte de la trascendental relación médico paciente en los términos de lo dispuesto en el artículo 94 de la Constitución Política.

La bioética clínica como una ética aplicada funge como un estándar hermenéutico que permite enfocar dichas normas de derecho en el contexto clínico donde han de cumplir sus efectos, como ocurre actualmente en los debates presentados en los comités éticos de clínicas y hospitales en Colombia y en otras latitudes, cuya finalidad es elaborar una decisión racional de naturaleza estrictamente clínica que logre conciliar o comprender en una misma determinación los aspectos legales, técnico-científicos, ético-deontológicos y morales, a través de un modelo de fundamentación bioético clínico, cuya búsqueda u objetivo es alcanzar la decisión prudente que no solamente propenda al mejoramiento y bienestar del sujeto biológico, sino también, el reconocimiento del sujeto moral.

La bioética clínica como estándar hermenéutico del comportamiento médico o clínico permite aplicar contextualmente las normas penales o disciplinarias que cada caso específico requiera, en razón a que la normatividad punitiva ofrecida en el sistema de fuentes colombiano,

siendo absolutamente necesarias dentro de los límites dispuestos por el principio constitucional de legalidad, no resultan suficientes para aprehender y considerar todo el contexto en el que se desarrollan las actividades realizadas por los profesionales de la salud.

Por tal motivo los operadores jurídicos, -penales y disciplinarios-, se encuentran más que facultados para apoyarse en los principios, valores, métodos y recursos conceptuales de la bioética clínica, con el fin de dirigir y complementar su hermenéutica en lo que respecta a los análisis de casos clínicos.

Resulta importante señalar que con la Constitución Política de Colombia se dio origen a la supremacía de los derechos fundamentales, que en la actualidad funge como el principio y fin del estado social democrático y de derecho colombiano, reconociéndose un estatus jerárquico especial al concepto de dignidad humana, e imponiendo un modelo hermenéutico que vincula a todo operador jurídico del país, para que en el ejercicio ético y funcional de administrar justicia, respete y tutele los derechos fundamentales de todos y cada uno de los sujetos procesales o intervinientes en procesos penales y disciplinarios, es decir, por mandato constitucional se le ha encomendado al operador punitivo colombiano, la responsabilidad de hacer prevalecer la eficacia de los derechos fundamentales a través de su promoción, tutela, ponderación, protección y cumplimiento, desacralizándose la concepción del cumplimiento de la ley, entendida como el simple, restringido y mero sometimiento a la voluntad dispuesta por el legislador colombiano, plasmada gramaticalmente en una proposición normativa; para subordinarla al principio de “supremacía constitucional” que subordina no solamente a la ley, sino, todas las fuentes del derecho colombiano, lo que implica un predominio de la teoría de los derechos fundamentales en el sistema de fuentes de derecho en Colombia, permitiendo que el operador jurídico penal o disciplinario pueda realizar sus análisis, interpretaciones y valoraciones fácticas y jurídicas al interior de procesos iniciados por responsabilidad médica, ampliando el margen de protección de derechos y garantías constitucionales inherentes a la persona humana, a través de los principios, valores, procedimientos y recursos conceptuales de la bioética clínica, que en dicho sentido han

sido reconocidos internacionalmente, como se observa en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos.

En razón a que en esta tercera postura comprendemos la bioética clínica como un estándar hermenéutico a través del cual el operador punitivo puede entender y aprehender la conducta clínica investigada, entendida como la decisión que un profesional de la salud toma en una misma circunstancia dentro de normas pertenecientes al derecho, la *lex artis*, la ética médica y la bioética clínica, resulta necesario diferenciar los conceptos de ética médica o deontológica y bioética clínica, señalando que las reglas éticas o deontológicas son producto de la positivización de ciertos principios y valores morales que han sido reglamentados por una autoridad ético profesional e institucionalizados por una autoridad pública que redacta tales normas con una estructura punitiva, en la medida que su incumplimiento prescribe como consecuencia una sanción, “la deontología, en el campo de las profesiones, ha sido considerada como una disciplina que opera como puente entre lo ético y lo jurídico” (Corte Constitucional, C-274, 2016, p.1).

La bioética Clínica constituye un verdadero método objetivo que permite a los profesionales de la salud en ejercicio de sus saberes, elaborar el camino racional de la decisión que cada situación particular demande, esto permite afirmar que la bioética clínica no es un instrumento o dispositivo de ordenamiento social ético - punitivo, sino, un método de fundamentación moral de la decisión clínica. Diego García define el concepto de “clínica”, afirmando que “es el estudio de la enfermedad que padece una persona concreta” (2006), Reich Warren define el término de bioética como el “estudio sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias de la vida y la atención en salud, en tanto que dicha conducta es examinada a la luz de los valores y principios morales”, (Reich, 1978 como se citó en Correa et al., 2019,p. 89.). Podemos arriesgarnos a afirmar con ambos tratadistas que la bioética clínica es el estudio sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias de la vida y atención

en salud de una persona en circunstancias concretas o específicas a la luz de valores y principios morales.

2.2.2. Argumentos ético funcionales que permiten afirmar la necesidad de incorporar en la racionalidad penal y disciplinaria la bioética clínica.

Efectivamente tales autoridades ejercen sus funciones y facultades judiciales como administrativo-disciplinarias, dentro de un marco ético reconocido por la constitución y la ley, conforme a los lineamientos de un estado social democrático y de derecho, que exige de estas, conocer, interpretar, comprender e indagar las circunstancias que configuran las conductas clínicas objeto de investigación punitiva cuya complejidad deviene de los criterios decisionales que las determinan, tales como el de la ciencia, la técnica, la ética y la moral, los cuales son conducidos a través de fundamentos de bioética clínica.

Adela Cortina asegura que el proceder de la ética aplicada, como lo es la bioética clínica, es hermenéutico. Este argumento resulta trascendental para poder entender que más allá de un requerimiento jurídico para las autoridades penales y disciplinarias, de tener en cuenta los principios, valores, métodos y recursos conceptuales de la bioética clínica en la racionalidad de las investigaciones penales y disciplinarias; la bioética clínica implica para dichas autoridades, la forma de acercarse a conocer el marco reflexivo para la toma concreta de decisiones en el ejercicio clínico, no hacerlo implica no solo una desatención ética del ejercicio de la función punitiva, sino, el desconocimiento de un método hermenéutico reconocido nacional e internacionalmente en la práctica médica como método inductivo, al respecto señala (Cortina, 1996):

Un método que ya funciona con excelentes resultados. De hecho, la bioética, con todas sus insuficiencias, es el tipo de ética aplicada sobre el que existe mayor acuerdo a nivel

internacional: los cuatro principios y las normas de Helsinki son orientaciones ya indiscutibles en la aplicación a la praxis médica (p.12).

Tales definiciones de la bioética clínica constituyen un estatuto hermenéutico crítico, que le permite al operador punitivo hacer una valoración justa de los hechos, orientando su racionalidad jurídica, conforme el profesional de salud orientó su decisión clínica, máxime si se tiene en cuenta, que la bioética clínica como una ética aplicada al quehacer clínico o médico, configura un modelo hermenéutico de naturaleza interdisciplinar que no puede serle ajeno a la administración de justicia punitiva.

Los deberes ético jurídicos de los jueces penales y operadores disciplinarios que ejercen sus funciones en materia de responsabilidad médica o clínica, así como en cualquier otra materia, se encuentran condicionados al reconocimiento y cumplimiento del principio de “supremacía de la constitución”, al cual se le reconocen tres finalidades fundamentales, como la función jerárquica, función integradora, y la función interpretativa; en consecuencia, éticamente le corresponde al juez penal y al operador disciplinario, interpretar las normas jurídicas conforme a lo dispuesto por la Constitución Política de Colombia, hermenéutica definida doctrinariamente como “precepto de interpretación conforme a la constitución”, el cual se define en los siguientes términos:

Entre los principios ético-jurídicos, a los que ha de orientarse la interpretación, corresponde una importancia considerable a los principios elevados a rango constitucional. Estos son, sobre todo, los principios y decisiones de valor que han hallado expresión en la parte de derechos fundamentales de la Constitución, es decir, la preeminencia de la “dignidad de la persona” (art.1 de la Ley Fundamental) (Larenz, 2010, pp.337-338).

2.2.3. Argumentos filosóficos que permiten afirmar la necesidad, legitimidad y validez de incorporar en la racionalidad penal y disciplinaria la bioética clínica, así como el fundamento a través del cual se complementan moral y derecho.

Damos paso a los argumentos filosóficos de naturaleza hermenéutica que permiten sustentar la necesidad, legitimidad y validez, así como la forma en que a través del pensamiento *ius filosófico* hermenéutico, se vincula derecho y moral en la resolución de casos punitivos concretos por responsabilidad clínica o médica.

El modelo hermenéutico resulta pertinente y de mucha utilidad en este trabajo, si afirmamos que la conducta clínica, actualmente reglada a partir de normas de carácter técnico-científico y ético-moral, define y construye al profesional de la salud, así como sus decisiones. Esta condición compleja del quehacer clínico es el escenario irreductible, desde donde deben partir los juicios, análisis, valoraciones y ponderaciones jurídicas de orden penal y disciplinario, cuando se investiga o juzga conductas realizadas por profesionales de la salud en ejercicio de sus correspondientes profesiones.

De esta forma se da aplicación a lo que Corina (1996), señala como el estatuto hermenéutico de la ética aplicada, refiriéndose así a su propuesta de “un nuevo modelo de ética aplicada como hermenéutica crítica”, (pp.15-16) el cual permite al juez penal y al operador disciplinario que conoce de procesos de responsabilidad médica o clínica, enriquecer sus correspondientes razonamientos punitivos, a través de una mirada hermenéutica crítica de las actividades clínicas que pretenden evaluar punitivamente.

El beneficio de una “hermenéutica crítica” en la racionalidad punitiva de los operadores penales y disciplinarios se justifica en la necesidad que estos tienen de entender o comprender las dinámicas, usos y prácticas interdisciplinarias que se imponen en la actividad clínica, pudiendo así modular las decisiones que en el escenario clínico toman los profesionales de la salud, en razón a que estas afectan la relación con los pacientes, lo que implica que en las

investigaciones penales y disciplinarias en contra de estos profesionales deba dárseles a todos los intervinientes en el proceso:

Es en los distintos ámbitos de la vida social donde detectamos como trasfondo un principio ético (el reconocimiento de cada persona como interlocutor válido), que se modula de forma distinta según el ámbito en que nos encontremos. No se trata, pues, con la “aplicación” de aplicar principios generales a casos concretos, ni tampoco de inducir únicamente máximas desde las decisiones concretas, sino de descubrir en los distintos ámbitos la peculiar modulación del principio común. Cada campo tiene una innegable especificidad y por eso hay una melodía común a ellos, pero expresada en muy diferentes versiones. Atender tanto a la melodía como a las versiones es imprescindible y eso es lo que nos obliga a practicar la interdisciplinariedad (Corina, 1996, p. 16)

La segunda afirmación nos indica que la bioética es un hecho o actividad social, situación trascendental para que los jueces penales y autoridades administrativas disciplinarias en materia de responsabilidad médica dimensionen que la construcción sistemática moral de la bioética clínica genera una forma de elaboración racional de las decisiones tomadas por los profesionales de la salud en ejercicio de sus saberes, objeto de las respectivas investigaciones punitivas, que los jueces penales y operadores disciplinarios deben conocer o entender.

A este respecto, continuamos con Cortina (1996), quien nos presenta un modelo aristotélico contemporáneo importante para justificar a partir de las ciencias sociales la bioética clínica como una práctica o actividad social en los siguientes términos:

En principio, para analizar qué sea una actividad social voy a servirme de un modelo aristotélico, concretamente del concepto de “práctica”, tal como MacIntyre lo reconstruye en *Tras la virtud*, práctica es una actividad *cooperativa*, que cobra su sentido, su racionalidad específica de perseguir determinados *bienes internos*, lo cual exige el desarrollo de determinados hábitos por parte de quienes participen en ella. Esos hábitos

recibirán el nombre de “*virtudes*” precisamente porque son los que nos permiten alcanzar el bien.

Trasladando esta caracterización a las actividades sociales, podríamos decir, que el bien interno de la sanidad es el bien del paciente; el de la empresa, la satisfacción de necesidades humanas con calidad; el de la política, el bien común de los ciudadanos, el de la docencia, la transmisión de la cultura y la formación de personas críticas; el de las biotecnologías, la investigación en pro de una humanidad más libre y feliz. Quien ingresa en una de esta actividad no puede proponerse una meta cualquiera, sino que ya le viene dada y es la que presta a su acción sentido y legitimidad social (Cortina, 1996, pp. 18-19).

De esta forma, el concepto de “actividad social”, expuesto por Cortina (1996), nos permite establecer que la bioética clínica, como una forma de actividad social, cobra su sentido o racionalidad específica persiguiendo “*bienes internos*” dentro de la relación médico paciente, lo cual impone a los profesionales de la salud “*el desarrollo de determinados hábitos*” o “*virtudes*”, con el fin de alcanzar el bien del paciente, su sanidad, curación, cuidado paliativo, etc., dentro del marco de su dignidad. La bioética clínica como estándar hermenéutico, permite a los profesionales de la salud, averiguar qué virtudes y valores se pueden alcanzar en cada caso clínico concreto.

El concepto de bioética clínica como una “*práctica*”, de la forma que lo ha expuesto Adela Cortina, se complementa de manera afortunada para el presente trabajo académico, a partir del trabajo de Alasdair Macintyre, en su obra “Tras la virtud”. Esta línea del pensamiento ético se caracteriza por que la validez de sus principios y valores son circunstanciales y no universales, es decir, son el producto de un momento histórico determinado para una sociedad, colectividad o grupo humano, cuyas tradiciones y costumbres permiten transmitir los valores morales que la identifican, unifican o cohesionan, por tal razón, su factibilidad y validez, dependen de los momentos culturales, históricos y sociales que se estén atravesando, contrario al pensamiento

ético deontológico, en la ética de la virtud, no existen morales universales y abstractas, sino, concretas, como expresamente lo expone Victoria Camps, en el prefacio del texto, así:

Cuenta en el prólogo a *Tras la virtud*, que lo que le motivó a escribirlo fue principalmente el disgusto ante el quehacer filosófico al uso, esa manera de hacer filosofía como una investigación independiente del resto de las ciencias sociales, válida por sí misma, al margen de la historia y de los datos empíricos. Opina MacIntyre que por lo menos la filosofía moral no se puede hacer así, puesto que no existe la moral en abstracto, sino morales concretas, situadas en tiempos y espacios determinados, en culturas y entornos sociales específicos. La filosofía moral no es una disciplina separada de la historia, la antropología o la sociología.... Piensa que la moral consiste mayormente en mores, costumbres y maneras de ser y estas son incompatibles separadas de sus circunstancias (MacIntyre, 2015, p. 5).

Así podemos comprender la validez de la fundamentación ético-moral que ostentan los principios, valores y reglas de la bioética clínica, los cuales han venido construyéndose y aplicándose, a través de las experiencias o circunstancias médico-clínicas, transmitidas por la costumbre y tradición, que ha permitido ir reglando el proceso racional de toma de decisiones al interior de la relación médico paciente, evolución o camino que ha venido siendo documentado narrativa, técnica y científicamente. Este patrimonio ético, que bien puede ir de la mano con una historia de la medicina o de la enfermería, etc., ha sido recogido no solamente por las colectividades gremiales profesionales de la medicina, psicología, odontología, enfermería, entre otras profesiones de la salud, sino, interiormente por los estados, como ha ocurrido en el caso de Estados Unidos de Norte América, cuyo Congreso le encargó a la National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research la tarea de estudiar los principios éticos básicos que debían regir la investigación con seres humanos en biomedicina y en ciencias del comportamiento, a partir de consensos de quienes serían destinatarios de tales reglas o principios.

MacIntyre nos ofrece una corriente fundamental en su concepción ética que en concepto de este trabajo permite identificar apropiadamente a los profesionales de la salud en ejercicio de sus respectivas profesiones como “*sujetos morales*” que responden o se deben al ejercicio de dinámicas, principios y valores propios de sus respectivas profesiones institucionalizados colectiva, comunitaria o gremialmente, a través de la experiencia recogida con el paso de la histórica y las diferentes narrativas, dicha noción es denominada “*comunitarismo*”, por medio de la cual se sostiene que la validez o legitimidad de las construcciones valorativas son el resultado de una formación comunitaria y no individual, este principio es promovido por el autor, como una teoría cuyas pretensiones no son de alcance universal, sino, que responde a determinadas condiciones históricas, sociales, y culturales, en la forma que lo plantea Aristóteles en la ética Nicomáquea, como expresamente lo expone en el prefacio, Victoria Camps, en los siguientes términos:

Es posible una ética de las virtudes -afirma-, pero solo con una condición: que renunciemos a hacerla universal. Las virtudes aristotélicas salieron de una comunidad específica: la democracia ateniense. Lo que hoy hay que buscar son nuevas formas de comunidad que configuren determinados modelos de personas y nos permitan hablar de virtudes, o sea, de la excelencia que entrañan tales modelos. Solo a ese precio conseguiremos construir una moral, o distintas morales, realmente capaces de mover a los individuos de las sociedades atomizadas actuales en torno a un proyecto común (Macintyre, 2015, p.7).

Lo anterior nos sugiere entender en el presente trabajo, que no bastan principios y valores de corte universal, ni conjeturas, principios o valores producto de ciertas elites o autoridades individuales para valorar moralmente la conducta clínica desarrollada por los diferentes profesionales de la salud, sino, que los estándares morales y la conducta clínica virtuosa, deben responder conceptualmente a las finalidades intrínsecas de las profesiones de la salud y a la

realidad circunstancial descrita por una comunidad de profesionales de la salud que sostiene un proyecto profesional y social en común.

Por tales motivos, los operadores penales y disciplinarios que evalúan un comportamiento clínico bajo la lupa del derecho punitivo o sancionatorio deben mantener una conciencia y ética judicial que les permita identificar al profesional de la salud investigado, no solamente como un experto en ciencia, arte, oficio o profesión, sino, también como un sujeto moral que en sus decisiones clínicas se debe a un mínimo de parámetros ético morales institucionalizados comunitariamente en el gremio de la salud, no de otra forma, se logran comprender jurídicamente, las circunstancias de modo, tiempo y lugar que configuraron la conducta clínica investigada.

La moral de MacIntyre surge como un estándar de valores, así como un método que se acerca muchos más a las circunstancias que rodean la conducta clínica, sin partir de perspectivas trascendentales o disposiciones originales, en razón a que considera que “la moral consiste mayormente en mores, costumbres y maneras de ser, y estas son incomprensibles separadas de sus circunstancias” (Macintyre, 2015, p. 1).

Lo anterior permite aproximarnos a una postura hermenéutica de gran autoridad para fundamentar la hipótesis presentada en el presente trabajo, a través del cual se afirma, que los principios, valores, métodos y recursos conceptuales de la bioética clínica deben ser incorporados por las autoridades punitivas a sus respectivas racionalidades cuando se encuentran conociendo procesos de responsabilidad médica o clínica. Razón por la cual, se considera también pertinente el pensamiento de Ronald Dworkin, tomado de sus primeras críticas a la denominada “reformulación del positivismo en Hart”.

Específicamente se mencionarán aquellos pensamientos que giraron en torno a dos temas particulares seleccionados por el tratadista Cesar Rodríguez (1997), en la obra: “La decisión Judicial – El Debate Hart – Dworkin”, y que por su pertinencia, como ya se ha dicho, resulta necesario para ilustrar cómo a través del modelo hermenéutico de Dworkin, se reivindica

la complementariedad conceptual y práctica entre derecho y moral, vista como la mejor manera de justificar los principios aplicables por un juez en cada caso concreto. Tales argumentos buscaban en su momento controvertir y poner de presentes, los que Dworkin consideró como errores de sustento sociológico presentados por HART, proponiendo “el abandono de la separación conceptual tajante entre derecho y moral defendida por los positivistas” (Rodríguez, 1997, p.36). En relación a los principios, señaló el filósofo Norte Americano lo siguiente:

Los jueces en los casos difíciles, no tienen discrecionalidad para crear derecho; por el contrario, deben aplicar los principios vigentes en el sistema jurídico... Aunque no existan reglas aplicables al caso concreto, siempre existirán principios que lo sean y, en consecuencia, una de las partes en un litigio tendrá derecho a que el juez reconozca en su sentencia que esos principios le dan la razón (Dworkin (s.f), como se citó en Rodríguez, 1997, p. 37).

Debido a que uno de los puntos fundamentales de discusión filosófico-jurídica en el denominado debate Hart–Dworkin, lo configura la forma en que estos autores conciben la diferencia entre obligación moral y obligación jurídica, así, como la relación que pueda existir entre estas dos formas de regulación social (Rodríguez, 1997); he de mencionar sintéticamente una de las posturas más actualizada y contemporánea del *ius naturalismo*, que ha influenciado a nivel mundial la visión y función del derecho y su relación con la moral, lo que genera un gran aporte para el sistema de derecho colombiano, pudiéndose estudiar problemáticamente, a partir del derecho constitucional, la relación entre las normas de derecho penal y disciplinario con los principios, valores, métodos y presupuestos ético-morales de la bioética clínica, es decir, se trata de mostrar, cómo también desde la posición hermenéutica de Dworkin, resulta válido y efectivo incorporar los principios, valores, metodologías y presupuestos conceptuales de la bioética en la racionalidad penal y disciplinaria colombiana, frente a procesos punitivos por responsabilidad médica o clínica. Dworkin, controvierte la idea Hartiana del juez creador de normas de derecho a partir de un criterio sociológico y analítico, a través del cual señala Hart:

Cuando la regla aplicable es imprecisa, el juez no tiene otra salida que escoger prudentemente la opción que estime adecuada. En estas circunstancias excepcionales, el juez no está aplicando el derecho – porque las reglas no le indican una u otra dirección -, sino creando para el caso en concreto (Rodríguez, 1997, p. 34).

De tal forma, Dworkin restringe la opción expuesta por Hart, consistente en la posibilidad de escoger prudentemente el criterio más adecuado que pueda considerar el juez de la causa en circunstancias excepcionales como aquellas generadas en los denominados casos difíciles, sustituyéndola, por la aplicación hermenéutica de principios que hacen parte de los ordenamientos jurídicos y pueden ser interpretados a partir de estatutos morales que permitan proveer la mejor interpretación de la regla aplicable en cada caso.

Para Dworkin, los principios deben ser tenidos en cuenta por los funcionarios en la resolución de casos concretos, específicamente en los denominados casos difíciles, bien porque se trata de una de las siguientes circunstancias: se trata una norma de textura abierta, o bien de una contradicción normativa, por inexistencia de norma aplicable al caso, o por la complejidad de los hechos, para el caso del presente trabajo académico podríamos complementar esta última señalando el nivel de complejidad e incertidumbre técnica-científica y ético-moral, que implican las decisiones clínicas.

2.2.4. Del pensamiento latinoamericano que comparte la complementariedad entre el derecho, la ética y la moral en la resolución de casos concretos. (De Zan, 2004)

El filósofo argentino aborda la relación existente entre ética, moral y derecho, definiendo en principio dichas categorías como tipos de “discursos prácticos”, autónomos e independientes pero complementarios, cuya finalidad consiste en el análisis y resolución de problemas concretos, lo que resulta de gran valía para fundamentar la hipótesis que se pretende sostener en este trabajo, en razón a que el autor parte del escenario práctico en donde pueden converger como

discursos la ética, la moral y el derecho frente a la resolución de problemas específicos, permitiendo determinar ciertas formas de comportamiento humano frente a sus “perplejidades”, en ese orden de ideas, el autor plantea tres alternativas para abordar problemas prácticos a saber:

1) bajo el aspecto de los resultados a lograr y de la adecuación de los medios al fin, 2) desde el punto de vista del hombre que es en sí bueno, o quiere serlo y desea ante todo obrar bien, cualesquiera sean los fines que se proponga y, 3) desde el punto de vista de lo correcto, o del deber de justicia en relación con las otras personas (De Zan, 2004, p. 45).

Dichas alternativas o formas de valoración y direccionamiento de la conducta humana, configuran tres modelos éticos para resolver problemas prácticos, tales como el discurso “consecuencialista del empirismo, el discurso ético aristotélico de la virtud y la buena vida, así como el discurso Kantiano sobre la igualdad y la justicia como criterio de moralidad los cuales pueden ser considerados discursos fundantes en sus respectivas líneas de pensamiento, a partir de ellos surgen variables que se han ido formando en el pensamiento moderno y contemporáneo. Estas tres formas de hacer uso de la razón práctica generan tres tipos de discursos prácticos, definidos respectivamente así: 1) Discurso pragmático, cuya finalidad consiste en aclarar y resolver problemas pragmáticos, es decir, de tipo técnico o estratégico, “su validez depende del saber empírico en el que se apoyan” (De Zan, 2004, p. 46).

Estos problemas se caracterizan especialmente porque su objeto consiste en realizar la mejor elección de los fines, e identificar los medios adecuados para poder alcanzarlos, requiriéndose la determinación precisa de los datos empíricos que permiten una decisión racional de los medios con respecto a los fines ya dados. 2) El discurso ético, que se caracteriza por que “no puede desligarse del contexto histórico vivido que tematiza”, planea situaciones de “validez” no universal, sino, dentro del contexto sociocultural de pertenencia de los propios sujetos. Se trata de una ética relativa en razón a que responde a una necesidad histórico – cultural de

identificar el concepto de “bien” y del obrar “virtuoso” en un momento histórico determinado, motivo por el cual, Alasdair MacIntyre, en su texto “Tras la virtud”, determina que el método de este tipo de discursos prácticos es el histórico. 3) El discurso práctico moral, exige “una toma de distancia respecto de nosotros mismos” (p.52) dejando atrás la propia valoración e identidad del sujeto que a partir del discurso práctico moral se comprende socializado en el “ethos colectivo de donde provienen las motivaciones éticas”, se consideran legítimos los principios y valores aceptados por todos aquellos que de una u otra forma sean destinatarios de estos (p.58).

Como podemos observar, el autor vincula o “complementa” la ética, la moral y el derecho, no solamente en un escenario restringido o específico como lo es el de la formación o creación de la ley por parte del órgano competente, como el Congreso de la República en el caso colombiano, quien da origen a una de las fuentes de derecho denominado “legislado”; sino, que partiendo de esta realidad, avanza a un más en sus análisis, señalando que tanto la ética como la moral, siendo aparatos autónomos e independientes, deben ser complementarios del derecho cuando de analizar, estudiar y valorar una conducta o conflicto social se trata.

2.2.5. De la forma en que corresponde a los jueces penales y autoridades disciplinarias incorporar en sus respectivas racionalidades la bioética clínica que orientan y examinan la conducta de los trabajadores de la salud en ejercicio de su profesión

Es evidente que el uso del lenguaje escrito u oral es la forma por medio de la cual el ejercicio del derecho penal y disciplinario cobra vida como forma de control social, su factibilidad deviene de los instrumentos técnicos comunicativos prescritos por la constitución y la ley, a través de los cuales se toman decisiones concernientes a la responsabilidad penal o disciplinaria a que haya lugar en los procesos tramitados por responsabilidad médica o clínica, permitiéndole a las autoridades penales y disciplinarias comunicar o presentar fundamentos y motivaciones a

los sujetos e intervinientes del proceso sobre las razones o premisas tenidas en cuenta para poder llegar a las decisiones jurídicas por medio de las cuales se resuelve punitivamente el conflicto generado por el ejercicio de un profesional de la salud. A través de dichos modelos de comunicación procesal, autos, decisiones, sentencias, fallos judiciales y decisiones sancionatorias administrativas, se deben incorporar los principios, valores, métodos y recursos conceptuales de la bioética clínica, a la racionalidad punitiva conforme a lo dispuesto en el “artículo noventa y cuatro (94) de la Constitución Política de Colombia”, en concordancia con lo dispuesto por la Corte Constitucional en Sentencia C -574 del 28 de octubre 1992, siendo esta una opción jurídica en términos normativo-constitucionales, para incorporar los principios, valores, métodos y recursos conceptuales que configuran el cuerpo de la fundamentación bioético-clínica, en la racionalidad penal y disciplinaria frente a casos particulares de responsabilidad clínica o médica, máxime, cuando se trata de principios que tiene como finalidad orientar moralmente la conducta clínica, así como ampliar el marco de protección de derechos y garantías fundamentales inherentes a la persona humana.

Esta es solo una de las formas jurídicas y constitucionales, por medio de las cuales se pueden incorporar legítima o válidamente los principios, valores, métodos y recursos conceptuales de la bioética clínica al sistema de fuentes de derecho en Colombia, sin entrarse a analizar aquí, el concepto vinculante de las sentencias proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien en materia de salud, entre otras, ha empleado en sus premisas argumentativas, principios, valores y recursos conceptuales de la bioética clínica en la resolución de circunstancias concretas, siendo Colombia, parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través del pacto de San José de Costa Rica, tratado internacional que fue suscrito por Colombia el día 22 de noviembre de 1969 y ratificado el día 28 de mayo de 1973.

Desde el plano normativo, los principios, valores, métodos y recursos conceptuales de la bioética clínica, pueden ser incorporados en la racionalidad penal y disciplinaria frente a casos por responsabilidad médica o clínica, a través de lo dispuesto en el artículo 94 de la Constitución

Política de Colombia, sin referencia a ninguna otra norma legal o administrativa, por ejemplo, principios como el de beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia, que hacen parte estructural del modelo de fundamentación bioética del principalísimo, pueden ser analizados y valorados en la resolución de casos concretos de responsabilidad médica o clínica, vistos como derechos y garantías inherentes a las personas que conforman la relación médico paciente a un que no se encuentren contenidos en la constitución o la ley debiéndose exponer los resultados de dichas valoraciones y análisis en las motivaciones o argumentaciones de las respectivas decisiones punitivas.

La segunda forma en que el juez penal u operador disciplinario puede hacer un uso práctico y quizás más cercano fenomenológicamente, de los recursos conceptuales de la bioética en la resolución de casos concretos de responsabilidad médica o clínica, es a partir de la interpretación técnica y natural de los hechos, o del fenómeno clínico, es decir, aplicando los principios y metodologías de la bioética clínica estrictamente como un modelo hermenéutico, que ajustadamente permita entender la complejidad de las conductas clínicas investigadas, respecto de la cuales habrá de realizarse la consiguiente aplicación jurídico normativa, dentro del contexto de lo que implique los lineamientos de la ética, la bioética clínica, la ciencia y la tecnología, en la situación clínica concreta. Es decir, los recursos conceptuales de la bioética son vistos aquí como criterio hermenéutico de la decisión penal o disciplinaria, en la forma en que lo hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020) en materia del derecho a la salud:

En razón de ello, es fundamental que los órganos de supervisión profesional, al conocer y ejercer control sobre el ejercicio profesional de los médicos y sancionarlos disciplinariamente, lo hagan de forma imparcial, objetiva y diligente para amparar los bienes y valores a los que sirve el desempeño profesional, guiándose por los lineamientos generalmente aceptados de la ética, la bioética, la ciencia y la técnica. No es posible desconocer que las conclusiones a las que llegan los órganos profesionales pueden influir de manera significativa en el examen que hagan, a su vez, las instancias del Estado, aun

cuando éstas no se hallan formalmente limitadas, condicionadas o vinculadas por aquéllos (pp. 115-116).

Obsérvese como la CIDH (2020), señaló que los tribunales deontológicos de medicina, cuando profieran una sanción disciplinaria, esta debería ser el resultado de una investigación imparcial, objetiva y diligente, cualidades que se alcanzan en la investigación y su correspondiente decisión, a través de una interpretación fáctica que tenga en cuenta los lineamientos *generalmente aceptados de la ética, la bioética, la ciencia y la técnica*, reconociendo la importancia que en materia de responsabilidad médica punitiva, más allá de las responsabilidades disciplinarias, tienen la ética, la bioética, la ciencia y la técnica, en relación a otras instancias del Estado, aunque estas, para el caso colombiano, lo sería la Fiscalía General de la Nación y los Jueces Penales, no se hallen formalmente limitados, condicionados o vinculados a los fallos proferidos por los tribunales ético – deontológicos.

Lo dispuesto en el artículo 94 de la Constitución Política de Colombia, junto al análisis que de dicha norma realizó la H. Corte Constitucional, en la Sentencia C -574 del 28 de octubre 1992, Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón, anteriormente citados, configuran, constitucionalmente los instrumentos y metodología jurídica a través de la cual se pueden incorporar los principios, valores, métodos y recursos conceptuales de la bioética en cada caso particular de responsabilidad médica o clínica.

Es necesario resaltar en esta lectura constitucional que los principios, valores, métodos y recursos conceptuales de la bioética clínica, no agotan su interacción con la racionalidad penal y disciplinaria, como estatutos hermenéuticos que permiten clarificar y contextualizar los hechos clínicos materia de investigación punitiva, sino, que además sus principios prestan un valor normativo que amplía el paquete de garantías fundamentales inherentes al ser humano, dignificando la relación existente entre profesional de la salud y paciente, tal como lo condiciona el artículo noventa y cuatro (94) de la Constitución Política reticentemente aquí citado.

Se debe resaltar que la inclusión de la bioética clínica, -como una ética aplicada al escenario clínico-, no debe restringirse metodológicamente en su incorporación a la racionalidad penal y disciplinaria únicamente al momento argumentativo de los correspondientes fallos penales y disciplinarios, sino, que tal imbricación también debe estar presente hermenéutica y valorativamente en la investigación penal y disciplinaria, en razón a que se está averiguando por la responsabilidad punitiva de una conducta que se desarrolla en circunstancias especiales y complejas de orden científico, técnico, ético y moral, que ya de por sí, acarrea cierto grado de incertidumbre, y que al ser trasladadas al escenario de las valoraciones penales y disciplinarias, efectivamente se incrementa aún más su complejidad.

El camino metodológico que han de recorrer los recursos conceptuales de la bioética clínica en la racionalidad penal y disciplinaria en procesos tramitados por responsabilidad clínica o médica, está trazado a través de la motivación y fundamentación de las sentencias penales y los fallos disciplinarios, los cuales deben reflejar clara y expresamente todas y cada una de las circunstancias que rodearon el obrar clínico objeto de investigación punitiva, no tener en cuenta como fenómenos objeto de valoración y análisis los presupuestos ético-morales que en cada caso articular aparecen como un determinante de la conducta clínica o médica investigada, genera una investigación arbitraria e injusta, por tales motivos, la Constitución y la Ley colombiana, exige procedimentalmente de los jueces penales y operadores disciplinarios exponer de manera clara y expresa los fundamentos jurídicos y fácticos que hacen parte de la circunstancia investigada, así como de aquellos que fundamentan la decisión.

2.2.6. Incorporación de los principios, valores y recursos conceptuales de la bioética en el razonamiento judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Efectivamente es en el escenario jurídico internacional, donde se pone verdaderamente a prueba la factibilidad y validez de la bioética clínica, en la jurisprudencia de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), como se evidencia a través del trabajo realizado por el abogado Costarricense Alfonso Chacón, en su artículo *“La Bioética, el Juez y los Derechos Humanos”* (2018).

En el artículo en mención, Alfonso Chacón (2018), identifica tres dimensiones éticas que se han puesto de manifiesto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (CIDH), tales como: 1) la dignidad humana y la ética de la responsabilidad, 2) el derecho a la salud y a las prácticas médicas adecuadas, 3) la bioética clínica y el derecho a la vida; configurándose lo que el autor denomina como “las preocupaciones bioéticas en la jurisprudencia interamericana” (Chacón, 2018, p.59).

El trabajo de Chacón resulta pertinente a esta tesis de grado en razón a que describe el carácter de la bioética, mostrando su interés o finalidad por la protección y el respeto de la vida, así como la forma en que los argumentos bioéticos son incorporados a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, bajo el estatuto epistemológico de los derechos fundamentales, en tales términos se refiere el autor:

De nuestra parte y con el objeto de generar una definición estipulativa, concebimos que la bioética no es un producto acabado en sí mismo. Tiene un inicio muy bien marcado – como sería el respeto y promoción de la vida humana-, más su operatividad se encuentra en constante desarrollo. Por esta razón, apostaremos a una descripción de la práctica bioética que nos sirva de base o referencia para todo el trabajo, la cual está estrechamente enlazada a una visión de bioética jurisprudencial latinoamericana, bajo la sombrilla de los derechos humanos internalizados en la Convención Americana de Derechos Humanos o “Pacto de San José” (1969), tales como el derecho a la salud; a la integridad y dignidad personal; al adecuado tratamiento médico y al deber de fiscalización de los poderes públicos (p.58).

Podemos observar claramente que la incorporación de los criterios, estándares, principios y valores de la bioética clínica, entendida como: “El estudio sistemático de la conducta humana

en el campo de las ciencias de la vida y la atención en salud, en tanto que dicha conducta es examinada a la luz de los principios y valores morales” (García J. J., 1978), en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se realiza a través de instrumentos técnico jurídicos, sino, a través de posiciones epistemológicas y hermenéuticas, por medio de las cuales se identifica un hecho o práctica social convencional, de carácter científico, técnico y ético, que permite analizar, interpretar y comprender el ejercicio de una actividad clínica o de la salud, para luego ser valorada a través de principios y valores morales construidos por el *ethos* de una cultura, gremio, sociedad, o colectivo, y luego si, aplicar las normas o reglas de derecho correspondientes en cada caso en particular.

De esta manera la CIDH, a través de su jurisprudencia, revela la utilidad práctica de los estándares bioéticos como modelos analíticos y hermenéuticos aplicados en sus providencias, en temas judiciales que tienen que ver con la actividad clínica o médica, y que convocan principios fundamentales como la dignidad humana, la vida, integridad personal, el derecho a la salud, a un adecuado tratamiento médico, entre otros, lo que en criterio particular permite afirmar, que los contenidos ético-morales de la bioética clínica, efectivamente pueden fungir como un estatuto hermenéutico por medio del cual se amplían y fortalecen los sistemas de protección de derechos humanos de toda persona que ejerza un rol particular en actividades clínicas o de salud, resulta evidente que el estatuto bioético clínico funge también como una limitante o fuente ético-moral reguladora, que busca evitar lo que Alfonso Chacón (2018) ha denominado en el artículo al cual se ha hecho mención, como “desequilibrios que rozan en relaciones de poder y vulnerabilidad” (p.80), como las que pueden surgir de las malas prácticas médicas en los casos de pacientes con enfermedades mentales, tratados al interior de establecimientos psiquiátricos.

2.2.7. Complementariedad de la bioética clínica en la racionalidad jurídica punitiva por casos de responsabilidad médica, límites y condiciones.

En esta parte analizaremos cuales son los límites y las condiciones de los principios, valores, procedimientos y recursos conceptuales de la bioética clínica, para hacer parte de la racionalidad judicial y disciplinaria punitiva en Colombia, frente a casos por responsabilidad médica o clínica, con el fin de poder determinar si el juez penal o el operador disciplinario se encuentran siempre compelidos al deber ético-funcional de interpretar y analizar las circunstancias que dan lugar a las decisiones clínicas objeto de investigación punitiva a partir de dichos estándares, o si solamente, han de tenerse en cuenta los recursos conceptuales de la bioética clínica en circunstancias particulares.

El resultado del análisis planteado permitirá afirmar conceptualmente si en la práctica punitiva, -penal y disciplinaria-, este estatuto hermenéutico o modelo de interpretación presenta límites o condiciones en su aplicación frente a la resolución de casos concretos, teniendo en cuenta que en todo proceso punitivo de naturaleza judicial o administrativa, el principio constitucional de la justicia¹, promueve la necesidad de una investigación integral en el campo disciplinario y un conocimiento de las causas y condiciones en el penal, escenarios donde debe predominar el valor de la justicia sobre las formalidades del derecho.

Para empezar, debemos responder si en el ejercicio clínico de las profesiones de la salud las decisiones de tipo diagnósticas, pronósticas, terapéuticas y de cuidado requieren no solamente para su validez moral, sino, para el mejoramiento de dichos servicios de salud, de los

¹ (Asamblea Constituyente de Colombia, 1991). Preámbulo: *“En ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente”*.

principios, valores, métodos y recursos conceptuales de la bioética clínica instituidos nacional e internacionalmente.

En el escenario concreto donde los profesionales de la salud ejercen su actividad, es decir, el clínico, convencional y jurídicamente en Colombia la incorporación de los principios, valores y métodos de la bioética clínica responde a la necesidad ética e institucional de encauzar las múltiples decisiones que deban tomarse en cada caso clínico en concreto a través de criterios morales que la comunidad internacional y nacional ha decidido adoptar con el fin de que el servicio de salud sea prestado no solamente con el cumplimiento de las reglas técnico científicas que le confiere factibilidad o eficacia, sino, bajo el respeto y direccionamiento de aquellos principios y valores morales que humanizan la relación existente entre el profesional de la salud, el paciente, su entorno y la comunidad, garantizándose de esta manera los derechos y garantías fundamentales de éstas personas. De tal forma, que, desde el punto de vista estrictamente clínico, puede afirmarse que los principios, valores, métodos y recursos conceptuales de la bioética clínica, configuran un deber o condicionamiento mínimo moral a tener en cuenta para la elaboración o conducción de decisiones diagnósticas, pronósticas, terapéuticas, o de cuidado, al respecto, Gracia (2013) ofrece un argumento apropiado en el presente análisis, en los siguientes términos:

La bioética, es como toda la ética el intento de analizar racionalmente los deberes que como individuos y como miembros de la comunidad humana tenemos para con nosotros mismos y para con todos los demás. Que la ética en general, y la bioética en particular, es el intento de analizar racionalmente un hecho primario de la vida humana que es la conciencia del deber o de la obligación, no parece cuestión discutible (p. 53).

En razón a que la relación actual existente entre el profesional de la salud, los pacientes, la familia y la comunidad, ha dejado de ser vertical, para cambiar a una horizontal, caracterizada por una mayor autonomía y capacidad de decisión del paciente y de su familia, por las transformaciones tecnológicas, jurídicas y de políticas públicas en la práctica médica, que

además permiten que los principios, valores, reglas, procedimientos y recursos conceptuales de la bioética clínica, empiecen a dejar de ser un criterio aplicable únicamente a circunstancias clínicas específicas, como lo serían los dilemas éticos o las circunstancias de angustia moral, para convertirse en un criterio de decisión que debe alumbrar toda decisión clínica tomada por un profesional de la salud.

Los principios, valores, métodos y recursos conceptuales de la bioética clínica funcionan para los profesionales de la salud como un modelo hermenéutico y analítico por medio del cual interpretan las circunstancias clínicas concretas para luego tomar la decisión que cada una de estas circunstancias reclama, dicha actividad es constante en el ámbito clínico, trate o no de dilemas éticos o circunstancias de angustia o incertidumbre moral que deban ser resueltas en el menor tiempo posible. Actualmente no sería objeto de cuestionamiento, cuando se deben aplicar los recursos conceptuales de la bioética clínica, sino, la forma o intensidad en que tales principios, reglas, valores y métodos deben ponderarse y articularse con otros, en situaciones difíciles, urgentes y complejas, como las que generan los dilemas éticos que se debaten en los comités éticos de las clínicas u hospitales.

Lo que resulta necesario comprender por parte de los operadores penales y disciplinarios que conocen de casos por responsabilidad clínica o médica, es que los principios de la bioética clínica son aceptados por los miembros de la comunidad sanitaria, como principios o deberes *prima facie*. Cuando no entran en conflicto entre sí, en caso de conflicto, habrá que ver cuál tiene mayor prioridad sobre los demás en cada situación concreta, lo que en última instancia dependerá siempre de las posibles consecuencias que puedan ordenarlos (Guillen, 2013).

Esta afirmación resulta trascendental para el reconocimiento de la factibilidad y eficacia de la bioética clínica en la toma de decisiones realizada por profesionales de la salud, en razón a que no solamente indica la aceptación social de la bioética clínica, como ocurre en Colombia en el escenario de las políticas públicas sanitarias, o como se ve reflejado a través de algunos códigos deontológicos de profesiones de la salud, y de otras normas, sino, que también señala

la forma metodológica en que dichos principios operan en la resolución de casos concretos, debiéndose tener en cuenta que la regla general otorga de manera general el mismo valor, jerarquía e importancia, a los principios de la bioética clínica, pero serán las condiciones y circunstancias clínicas particulares, las que determinen cuáles deben aplicarse jerárquicamente con relación a los demás, siempre teniendo en cuenta las posibles consecuencias. Con estos argumentos se infiere que la incorporación a la racionalidad punitiva de los principios, reglas, valores, métodos y recursos conceptuales de la bioética clínica, resulta necesaria y por tanto obligatoria en circunstancias de responsabilidad médica o clínica.

Conforme a lo anterior debo ser reticente en afirmar que los principios, reglas, valores, métodos y recursos conceptuales de la bioética clínica, deben ser tenidos en cuenta por los profesionales de la salud cuando toman una decisión clínica, en donde dependiendo del nivel de complejidad e incertidumbre moral, ética, técnica o científica, operan como deberes o principios *prima facie*, debido a que en circunstancias clínicas excepcionales pueden ser ponderados y relativizados para que su utilización en dichos casos concretos permitan tomar la decisión clínica que produzca el mayor bienestar o el menor mal, siendo justamente este tipo de valoraciones morales, las que deben ser objeto de interpretación y valoración jurídica por parte de los operadores punitivos en su correspondientes decisiones punitivas, complementando así las valoraciones e interpretaciones técnico-científicas y deontológicas que correspondan en cada conducta clínica objeto de pronunciamiento penal o disciplinario.

El juez penal u operador disciplinario debe saber que en el ámbito clínico colombiano no se impone un modelo de fundamentación de bioética en especial o un fundamento filosófico o sociológico concreto al cual deba presta especial atención en sus interpretaciones, análisis y disertaciones penales o disciplinarias, no obstante y sin perjuicio de otros principios y modelos de fundamentación bioética reconocidos en el ámbito de las ciencias sociales y de la salud, en Colombia sobresale el principalísimo como forma de fundamentación bioética, el cual ha sido agregado al sistema de fuentes de derecho colombiano, a través de las siguientes leyes: a) Ley

911 de 2004,- Código Deontológico de Enfermería, artículo 2º. Por medio del cual se incorporan al sistema de fuentes de derecho colombiano los principios de beneficencia, no maleficencia, autonomía, justicia, veracidad, solidaridad, lealtad y fidelidad. b) Ley 1090 de 2006,- Código Deontológico y Bioético para el ejercicio de la profesión de Psicología, artículo 13, por medio del cual se incorporan al sistema de fuentes de derecho colombiano los principios de beneficencia, no maleficencia, autonomía, justicia, veracidad, solidaridad, lealtad, y fidelidad. c) Ley 1164 de 2007 por la cual se dictan disposiciones en materia de Talento Humano en Salud, que resulta de suma importancia en este trabajo académico, en razón a que en su capítulo VI denominado “De la prestación ética y bioética de los servicios”, dispone en su artículo 35 lo siguiente:

DE LOS PRINCIPIOS ÉTICOS Y BIOÉTICOS. Además de los principios rectores consagrados en la Constitución Política, son requisitos de quien ejerce una profesión u ocupación en salud, la veracidad, la igualdad, la autonomía, la beneficencia, el mal menor, la no maleficencia, la totalidad y la causa de doble efecto (Ley 1164, 2007, art. 35).

A través de esta trascendental norma se incorporan al sistema de fuentes de derecho colombiano los principios de veracidad, igualdad, autonomía, beneficencia, el mal menor, la no maleficencia, la totalidad y la causa de doble efecto. Además se elevan los principios éticos y bioéticos a una jerarquía constitucional, convirtiéndolos en verdaderos requisitos exigibles a todas aquellas personas que ejerzan una profesión u ocupación en salud al interior del territorio colombiano, lo que le permite al juez penal u operador disciplinario que le corresponda la función de investigar y decidir casos por responsabilidad clínica, incorporar en su racionalidad punitiva como instituto hermenéutico, los criterios, principios, y valores de la bioética clínica, bajo la certeza jurídica, de que las conductas realizadas por los profesionales de la salud deben estar orientadas y fundadas a partir de tales premisas.

2.3. Marco conceptual.

Para entender con mayor profundidad el problema propuesto en el presente trabajo se considera importante identificar algunos conceptos medulares propios del escenario en el que surgen y se desarrollan, entre los cuales se citan:

2.3.1. Bioética clínica:

En el mundo de la medicina es clásico considerar la *patología* y la clínica como dos disciplinas distintas y complementarias. Los manuales de medicina se han titulado durante muchos años *Patología y clínica médicas*, y los de cirugía, *patología y clínicas quirúrgicas*. Por *patología* se entiende la ciencia de la enfermedad, lo que desde la época del galenismo se conoce con el nombre de “especies morbosas”. Por el contrario, la clínica es el estudio de la enfermedad que padece una persona concreta. Entre una y otra se ha establecido clásicamente la misma diferencia que entre el universal y el particular en la filosofía aristotélica. Sobre los universales cabe certeza, y por ello “ciencia”, en tanto que sobre los particulares no cabe más que opinión, probabilidad. De ahí que Aristóteles considere que el tipo de saber propio de los particulares no pueda ser el de la ciencia, sino el de la “técnica” y la “prudencia”. La toma de decisiones concretas nunca puede ser estrictamente científica, pero sí debe hacerse técnica y prudentemente. Esto es lo que caracteriza a la clínica y la diferencia de la *patología*, como también a la jurisprudencia respecto del derecho, a la moral respecto de la ética, o a la política práctica a diferencia de la teoría política. La medicina clínica no es una ciencia, sino un arte o técnica, que debe ejercerse con saber, pero también con prudencia, que es la virtud ética por antonomasia. Tal es la razón de que la clínica y la ética hayan estado siempre muy estrechamente unidas. Ambas tienen que tomar decisiones particulares y necesitan, por tanto, elevar a la categoría de método el análisis pormenorizado de los casos concretos (Gracia, 1998, p.13).

2.3.2. Ética médica:

En cuanto a la ética médica y su fundamento, proviene en gran parte desde la propia actividad de los médicos, ya que a diario enfrentan problemas clínicos. La solución de ellos dependerá, en gran medida, de conocimientos y habilidades que han adquirido a lo largo de la formación y experiencia. Sin embargo, estos problemas clínicos, a menudo, vienen acompañados de dilemas éticos, para los cuales no existe una simple respuesta y cuya complejidad va más allá de normas o tecnicismos.

En el último período, la medicina ha sufrido un cambio importante. La postura tanto del médico como del paciente y todo lo que conlleva dicho proceso en la relación médico-paciente, se ha permutado. El paciente ha pasado de tener una postura pasiva a una postura activa, en la cual toma cada vez más decisiones en todos los procesos que le involucran. El médico debe mantener informado de toda la situación al paciente. Pero no es suficiente. Se debe cumplir con el requisito dinámico, tanto verbal como escrito del consentimiento informado, que parece presidir todo acto médico en la actualidad. En este contexto, se debe respetar la autonomía del paciente, en todo momento, con mayor fuerza si el enfermo ha comprendido la situación que lo afecta, sin dejar de lado la figura del representante legal o persona que está a cargo del enfermo.

La ética médica, se ocupa por lo tanto de asuntos de orden práctico, relacionados con la ciencia médica, entendida como la atención de enfermos y los problemas que se pudieran derivar de ello, pero además de una serie de otras situaciones de diferente complejidad, donde suele darse intenso debate, como, por ejemplo, reproducción asistida, eutanasia, prolongación de la muerte, trasplantes de órganos, aborto, orden de no reanimación, retirada de tratamientos, adecuación terapéutica, etc. Es aquí donde se produce la tensión entre el mundo de los hechos, avances tecnológicos y datos concretos,

respecto del mundo de los valores y principios morales. La ética, a secas, el "ethos" de la cultura griega, como parte de la filosofía, aporta la necesaria capacidad de reflexión y deliberación que requieren los problemas de la medicina, cuando son sobrepasados por el mero dato o la norma.

Muchas veces son los mismos progresos tecnológicos que el hombre ha sido capaz de crear, los que justifican a nuestro entender, poner unos límites en temas que tienen relación con la medicina, cuyo fin último no es otro que proteger en todo momento el buen actuar médico y garantizarle al paciente la justicia de la cual es merecedor (Rojas & Lara, 2014, pp. 92-93).

Capítulo III. Resultados y Análisis

En este capítulo, a partir de los objetivos planteados, la información obtenida, así como de los hallazgos encontrados y analizados en cada providencia y decisión expuesta, se presenta la posición concreta del presente trabajo, luego de exponer los siguientes resultados:

Paradójicamente la Sala Civil de la Corte Suprema Justicia colombiana, cuyos problemas jurídicos emergen del derecho privado, y sus categorías jurídico normativas ostentan un considerable contenido objetivista, es quien actualmente realiza juiciosos análisis y ejercicios hermenéuticos dirigidos a comprender e interpretar el contexto clínico en el que se desarrolló el profesional de la salud demandado en cada caso en particular a través de las normas, principios y valores dispuestos en la ética médica, las reglas de la *lex artis*, y criterios morales tales como la beneficencia, no maleficencia y autonomía, los cuales incorpora como reglas del humanismo en algunas decisiones y en otras los confunde todos bajo el criterio de la *lex artis*, incurriendo en dicha forma en verdaderos errores conceptuales o categoriales que impiden un análisis más acertado en el escenario de la antijuridicidad de la conducta clínica.

No obstante, la labor analítica y hermenéutica rinde sus frutos al considerar la mayoría de los aspectos circunstanciales que rodean el acto médico demandado acudiendo a principios, reglas y conceptos como lineamientos de interpretación diferentes a los jurídicos, esta línea de análisis hermenéutico fue jalonada por Magistrados con una visión más omnicomprendensiva y constitucional de la actividad clínica, tales como el Dr. Ariel Salazar Ramírez y Luis Armando Tolosa Villabona, quienes consideran los principios de beneficencia y no maleficencia como un complemento de los derechos fundamentales de los pacientes, siendo esta una postura que permitirá en el futuro el reconocimiento de la necesidad y utilidad hermenéutica que la fundamentación bioética clínica, puede ofrecer en materia de responsabilidad médica.

Sorpresivamente la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que específicamente conoce de casos de responsabilidad médica cuando estos configuran delitos contra la vida e

integridad personal, no se preocupa de la misma forma en que lo hace la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia por reducir el estado de incertidumbre que genera la compleja actividad clínica desplegada por profesionales de la salud, considerando suficientes los criterios jurídicos y de la *lex artis* para develar el entramado y complejo ejercicio de las profesiones de la salud en cada caso concreto, lo que preocupantemente parecería una vuelta a la falacia naturalista, en detrimento del juicio de antijuridicidad que recae sobre la conducta clínica al no ser interpretada y valorada a partir de las justificaciones bioético-clínicas que la puedan anteceder.

No obstante la Sala realiza esfuerzos hermenéuticos loables que generan el espacio y la necesidad de incorporar en la racionalidad punitiva de las autoridades que judicializan casos por responsabilidad médica o clínica; principios, valores, reglas métodos y recursos conceptuales de la bioética clínica, a través de criterios utilizados en sus providencias tales como: a) estándares socialmente admitidos de la profesión médica, b) cuando se refiere a la flexibilización de los criterios de la *lex artis*, atendiendo a las circunstancias y complejidades clínicas en particular, y c) cuando hace mención al criterio del médico. Estos razonamientos revelan la necesidad que tiene la Sala Penal en este tipo de decisiones, de conocer, analizar e interpretar un marco conductual que permita determinar las normas y condiciones que gobiernan la conducta clínica, avanzando en el grado de interpretación de tal comportamiento, avance que es posible gracias los esfuerzos de Magistrados como el Dr. José Luis Barceló Camacho y José Francisco Acuña Vizcaya, cuyos fundamentos permiten ampliar el marco hermenéutico de la conducta clínica y a los cuales acuden como una forma de hacer efectivos los derechos fundamentales de los pacientes.

En lo que respecta a las cuatro decisiones proferidas por los tribunales deontológicos de medicina y enfermería aquí expuestos y comentados al interior del Capítulo Segundo denominado: “Marco de Referencia”, en el sub título signado como: “Estado del arte y deliberación frente a cada caso concreto”, he de advertir que se trata de los cuatro casos particulares más representativos por medio de los cuales de manera objetiva y concreta se

puede demostrar la factibilidad y validez de la postura que aquí se ha venido manteniendo, dado que en estos casos se da plena aplicación a la tesis defendida. Se trata de procesos deontológicos en donde de manera clara y expresa el Tribunal Nacional de Ética Médica, así como el Tribunal Departamental Ético de Enfermería Región Centro Oriental, presentaron en sus motivaciones, análisis e interpretaciones de cada obrar clínico, a partir de los principios bioéticos de beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia, entre otros, que fungieron como verdaderos pilares de la ética médica aplicada con fundamento en la Constitución y la ley, además de ampliar notablemente el efecto de protección de los derechos fundamentales en la relación existente entre el profesional de la salud, el paciente, su familia y la comunidad, concibiendo la actividad clínica investigada como una situación compleja de medios, en donde intervienen sujetos morales, que para el caso particular del paciente pueden ser afectados psicológica, emotiva, social y económicamente por un obrar clínico que al momento de ser analizado, interpretado y valorado deontológicamente, debe dar cuenta de los lineamientos humanos, éticos, técnicos, científicos y jurídicos que lo orientaron.

La fundamentación filosófica de la bioética clínica como una hermenéutica crítica aplicable en la solución de casos concretos de responsabilidad médica o clínica, el trabajo pudo contar con las ideas de la filósofa española Adela Cortina, quien concibe la bioética clínica como un nuevo modelo de ética aplicada y una hermenéutica crítica llama a resolver problemas ético-sociales.

La legitimidad ontológica de la bioética clínica fue expuesta en el presente trabajo a través del filósofo y sociólogo Alasdair Macintyre, que, en criterio de este trabajo, permite concebir institucionalmente la bioética clínica como una práctica social fundamentada en principios y valores morales contruidos por la fuerza de la costumbre y maneras de ser de los profesionales de la salud a lo largo de la historia y que son incompatibles separadas de sus circunstancias médicas o clínicas. Con el autor en comento, en este ejercicio se concibe la bioética clínica como un criterio moral construido por una comunidad clínica conformada por los profesionales de la salud, los pacientes, sus familiares y comunidades cercanas, a través del cual se forman sujetos

morales con sus respectivos modelos de conducta que pueden ser denominados como conductas clínicas.

La complementariedad entre el derecho, la ética y la moral en la resolución de casos concretos, base fundamental en el presente trabajo de tesis fue justificada *ius filosóficamente*, a través del pensamiento latinoamericano de Julio De Zan, tratadista argentino que no solamente defiende la complementación entre la ética, la moral y el derecho, sino, que la reconoce como necesaria en términos de justicia, complementariedad que también encontró respaldo en el pensamiento de Ronald Dworkin, cuyo aporte a la presente tesis consistió en señalar que las reglas jurídicas preexistentes o las reglas legisladas no son los únicos estándares normativos que hacen parte de la estructura argumentativa de una decisión judicial, lo que en criterio de esta investigación permite comprender que también puedan hacer parte de la decisión judicial otros principios que de manera efectiva promuevan, promulguen o protejan garantías inherentes al ser humano en la forma que lo hace la bioética clínica, dentro del marco constitucional dispuesto en el artículo 94 de la Constitución Política de Colombia, el cual configura un verdadero principio amplificador de derechos y garantías inherentes a la persona humana.

El presente trabajo pudo establecer que pese a la diferenciación de naturaleza, fines, métodos y objetos de protección que constitucional y legalmente distinguen al derecho penal del derecho disciplinario, cuando se trata de resolver casos de responsabilidad clínica, tal diferenciación o autonomía no permite romper, modificar, ignorar o desnaturalizar el objeto nuclear sobre el cual deben gravitar los análisis, ponderaciones, valoraciones e interpretaciones pertinentes de carácter penal y deontológico disciplinario, este objeto principal lo constituye la conducta clínica investigada penal y disciplinariamente, de tal forma que dicho comportamiento concreto es valorado a partir de normas judiciales para el caso específico del derecho penal, así como valorado a través de normas de contenido ético-deontológico, para el caso del derecho disciplinario, no obstante dichas diferencias, la interpretación o ejercicio hermenéutico que ha de

recaer sobre el objeto de análisis punitivo debe ser único, es decir, se debe interpretar el obrar clínico a partir del marco natural al cual pertenece, al ámbito de lo clínico.

Tales argumentos me permiten sostener que resulta imperativo que los principios, valores, métodos y recursos conceptuales de la bioética clínica sean incorporados en la racionalidad práctica de los operadores jurídicos al interior de los procesos punitivos penales judiciales y disciplinarios administrativos tramitados por responsabilidad clínica o médica contra profesionales de la salud, para que sus fallos y decisiones puedan resultar más justos, o no arbitrarios, en la medida que cuenten con todos los factores o elementos y circunstancias que estructuran e inciden en la conducta clínica objeto de valoración punitiva, lo cual puede ser conseguido dentro de los límites legales y constitucionales dispuestos en el sistema de fuentes del derecho colombiano, como metodológicamente se expuso en el cuerpo del trabajo, es decir, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 94 de la Constitución Política de Colombia y al alcance dado a dicho artículo en la Sentencia C-574 de 1992, siendo Magistrado Ponente el Dr. Ciro Angarita Barón, argumentos que aunados al desarrollo conceptual constitucional que se ha elaborado sobre el derecho fundamental a la dignidad humana configura una sólida metodología argumentativa constitucional, para que las autoridades punitivas del país puedan incorporar en su racionalidad los principios, valores, reglas, métodos y recursos conceptuales de la bioética clínica en sus respectivas sentencias y decisiones administrativas que resuelvan casos por responsabilidad médica o clínica.

CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta la descripción y análisis de la jurisprudencia constitucional colombiana aquí expuesta, así como los doctrinantes y teóricos a los cuales se hizo referencia en el desarrollo del presente trabajo, puede concluirse:

- 1) Que al juez penal colombiano, así como al operador disciplinario, cuando conocen de sus respectivos procesos punitivos en contra de profesionales de la salud por conductas realizadas en el ámbito clínico, les surge un deber ético y constitucional de reconocer como parte de su función, que existen otros saberes diferentes a los técnico-científicos y deontológicos, los cuales provienen de las ciencias sociales y las humanidades, como los contenidos en la bioética clínica, a través de los cuales se fundamentan las decisiones diagnósticas, pronósticas y terapéuticas que los profesionales sanitarios toman en la actividad clínica frente a cada situación en particular, motivo por el cual sus principios, reglas, valores, métodos y recursos conceptuales, permiten establecer un estándar hermenéutico para que dichas autoridades punitivas analicen y evalúen objetivamente las decisiones clínicas en su escenario natural.
- 2) Que una decisión penal o disciplinaria por medio de la cual se resuelva un proceso de responsabilidad clínica o médica sólo puede ser reconocida como justa, en la medida que haya interpretado, analizado y valorado todos los criterios, requisitos y circunstancias que hacen posible la existencia de una conducta clínica.
- 3) Que para poder determinar que una conducta clínica configura una buena praxis médica se requiere de diferentes criterios de valoración tales como el jurídico, el técnico-científico o *lex artis*, el deontológico o ético profesional y el bioético clínico, sin adscribirse este último a un modelo de justificación bioética específico o determinado no obstante ser el principalísimo el modelo de fundamentación bioético más extendido en el continente como puede observarse en Colombia en el contenido de algunas de sus leyes.

- 4) Que no existe una barrera infranqueable entre el derecho, la moral y la ética, sino, un principio de complementariedad que les permite a estos estatutos normativos solucionar jurídicamente casos concretos en materia de responsabilidad médica o clínica.
- 5) Que es la misma Constitución Política de Colombia la que establece entre otros, un modelo metodológico argumentativo a través del cual se pueden incorporar los principios, reglas, valores, métodos y recursos conceptuales de la bioética clínica a la racionalidad punitiva en casos de responsabilidad médica a partir de lo dispuesto en su artículo 94 y conforme a los alcances proporcionados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-574 del 28 de octubre de 1992, Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón, anteriormente citada, argumentos que deben ser concordados con el artículo 1º en lo que respecta al derecho fundamental de la dignidad humana.

REFERENCIAS

- Botero, A. (2015). El Positivismo Jurídico en la Historia: Las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX. En J. L. Fabra & A. Núñez (Ed.) *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (pp. 63-154). Universidad Nacional Autónoma de México -Instituto de Investigaciones Jurídicas.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/6.pdf>
- Chacón, A. (2018). Las Dimensiones Bioéticas en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Ciencias Jurídicas* (147), 53-96.
<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/35908/36648>
- Consejo de Estado. Sentencia 00064 de 2018 (M.P. Gabriel Valbuena Hernández; julio 5 de 2018).*
- Correa, M., Montoya, J., & Mealla, E. P. (Comp.). (2019). *Ética Aplicada. Las Perspectivas desde Latinoamérica*. Universidad de Los Andes.
- Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia C-574 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón; 28 de octubre de 1992).
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-116 de 1999*. (M.P. Martha Victoria Sánchez Méndez; febrero 24 de 1999).
- Corte Constitucional. SU-047 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU047-99.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia C-274 de 2016 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; mayo 25 de 2016).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (2020). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 28: Derecho a la Salud*.
<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo28.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (2021) *Sentencia Guachalá Chimbo y otros Vs. Ecuador* (M.P. Ricardo Pérez Manrique; marzo 26 de 2021).

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_423_esp.pdf

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. S-05031940-2 de 1940 (M.P. Liborio Escallón; marzo 5 de 1940).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. SC12449-2014 (M.P. Margarita Cabello Blanco; septiembre 15 de 2014).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. SC7110-2017 (M.P. Luis Armando Tolosa Villabona; mayo 24 de 2017).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. SC9193-2017 (M.P. Ariel Salazar Ramírez; marzo 29 de 2017).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. SC13925-2016 (M.P. Ariel Salazar Ramírez; noviembre 1 de 2016).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso: 33920. Aprobada en acta 121 (M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán; abril 11 de 2012).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2016). SP 8759-2016 (M.P. José Luis Barceló Camacho; junio 29 de 2016).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP 1315-2019 (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya; abril 10 de 2019).

Cortina, A. (1996). *El estatuto de la ética aplicada. Hermenéutica crítica de las actividades humanas*. Revista Marplatense de Filosofía (6) (pp. 7-22).

<https://www.agoraphilosophica.com/Agora12/agora12-Cortina.pdf>

De Zan, J. (2004). *La ética, los derechos y la justicia*. Konrad-Adenauer-Stiftung E.V.

Foundéz, J. P., (2019). Bioética. En M. Correa, J. Montoya, & E. P. Mealla (Comp.), *Ética Aplicada. Perspectivas desde Latinoamérica* (pp. 89-122). Universidad de los Andes.

- Ferrer, J. J., & Álvarez, J. C. (2003). *Para Fundamentar la Bioética*. (2ªed.) Comillas.
https://pmdcmos.unam.mx/wp-content/uploads/2021/doc/guias/Para_Fundamentar_la_Bioetica.pdf
- Fronzizi, R. J., (1994). *La sentencia civil : tema y variaciones*. Platense.
- Gracia, D. (1991). *Procedimientos de decisión en ética clínica*. (2ªed.) Eudema. Universidad Complutense de Madrid.
- Gracia, D. (1998). *Bioética Clínica. Estudios de Bioética 2*. El Búho.
- Gracia, D. (2013). *Fundamentación y enseñanza de la bioética*. El Búho.
- Larenz, K. (2010). *Metodología de la ciencia del derecho*. Ariel Derecho.
- Ley 1164 de 2007. Por la cual se dictan disposiciones en materia de Talento Humano en Salud.
Última actualización de 20 de abril de 2022.
- López, D. E. (2000). *El derecho de los jueces*. Legis. - Universidad de los Andes.
- Macintyre, A. (2015). *Tras la Virtud*. Austral.
- Ramiro Avilés, M. Á, (2004). *Paternalismo Jurídico y Moralismo Legal en una Sociedad Multicultural: El Caso de las Comunidades Intencionales (A propósito de The Village)*.
- Rodríguez, C. (1997). *La decisión judicial. El debate Hart – Dworkin*. Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes.
- Rojas, A., & Lara. L. (2014). *¿Ética, bioética o ética médica?* Revista chilena de enfermedades respiratorias (2), 92-93.
- Ruiz Miguel, A. (2012). *Grocio, Pufendorf y el lusnaturalismo Racionalista*. Universidad Autónoma de Madrid.
- Tribunal Departamental Ético de Enfermería Región Centro Oriental. Radicado 496-2014 (M. P. Alba Lucía Roncancio Sierra; julio 29 de 2016).
- Tribunal Nacional de Ética Médica. Proceso No. 438. Providencia No. 44-2005. (M.P. Juan Miguel Estrada Grueso; septiembre 6 de 2005).

https://tribunalwebsite.s3.amazonaws.com/media/Gaceta_Cirug%C3%ADa_General_uw_c6jxy.pdf

Tribunal Nacional de Ética Médica. Providencia N°83-09 (M.P. Fernando Guzmán Mora; noviembre 24 de 2009).

https://tribunalwebsite.s3.amazonaws.com/media/Taco_Gaceta_No_31_-_Aborto.pdf

Tribunal Nacional de Ética Médica. Providencia N°115-2010 (M.P. Germán Peña Quiñonez; diciembre 14 de 2010).

https://tribunalwebsite.s3.amazonaws.com/media/Taco_Gaceta_No_31_-_Aborto.pdf

Vigo, R. L. (2007). *Ética y Responsabilidad Judicial*. Bublinzal - Culzoni.

Young, P., Finn, B.C., Bruetman, J.E., Emery, J., & Buzzi, A. (2012) William Osler: el hombre y sus descripciones. *Revista médica de Chile. Sociedad Médica de Santiago*; (9), 1218–1227. <https://www.scielo.cl/pdf/rmc/v140n9/art18.pdf>