

ELEMENTOS DEL DERECHO MÉDICO

Leny Andrea Jojoa Pinchao.
Cc. 1.085.634.907 de Puerres – Nariño.

Trabajo de grado para optar al título de Magister en Derecho Médico

TUTOR:
Gerard Rincón Andreu

UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA MAESTRIA EN DERECHO MÉDICO
CALI – COLOMBIA
2020

ELEMENTOS DEL DERECHO MÉDICO

ELEMENTS OF MEDICAL LAW

*Leny Andrea Jojoa Pinchao¹
Gerard Rincón Andreu²*

Resumen: El derecho médico, tratándose como una rama especial del derecho, busca mostrar el área correspondiente a la legislación que se configura durante la actividad médica involucrando el factor ético como componente esencial.

Para el desarrollo del tema, se hace necesario definir los elementos que lo caracterizan, para ello se busca resolver las siguientes preguntas: ¿Cuáles son los elementos específicos que conforman el derecho médico?, ¿Cómo debería ser la relación médico – paciente esperada?, interrogantes que podrán ser resueltos en el transcurso de este capítulo.

Así mismo es pertinente dividir la temática en tres apartados: el primero sobre la descripción teórico-conceptual y por ende la delimitación de los elementos del derecho médico; seguidamente se profundizará en el acto médico y la relación médico-paciente, y por último la aplicabilidad y la relación de los elementos en el entorno médico-jurídico.

Así pues, para lograr el objetivo de este trabajo la metodología está basada en el estudio de un tema poco profundizado, a través de la recolección de estudios que se aproximen al tema, teorizar y posteriormente proponer un postulado sobre los elementos del derecho médico. Lo anterior permitirá al lector ampliar la visión sobre los campos que

¹ Médica (Fundación Universitaria San Martín – Pasto). Especialista en Gerencia de la Seguridad y Salud en el Trabajo. (Universidad CES – Medellín). Candidata a Magister en Derecho Médico. (Universidad Santiago de Cali).

Cargo actual: Médica ocupacional en IPS ocupacional. Correo electrónico: lenyandrea_17@hotmail.com

² Abogado (Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona). Graduado en Derecho. (Universitat Pompeu Fabra). Magíster en Abogacía. (Universitat Autònoma de Barcelona). Magíster en Estudios Jurídicos Avanzados, especialidad en Derecho Privado y doctorando en Derecho Civil, (Universitat de Barcelona). Investigador del Grupo de Investigación GICPODERI.

Cargo actual: Profesor de Derecho Civil y Director de la Maestría en Derecho Médico, Universidad Santiago de Cali. Correo electrónico: gerardrincon@usc.edu.co

se asocian al derecho médico, los cuales tienen plena vigencia y validez en vista de la problemática jurídica en las actividades del personal de salud en el curso de la atención médica, más aún dada las estadísticas que muestran un aumento de las demandas a razón de la responsabilidad médica. Adicionalmente, debido a la situación de la emergencia sanitaria actual por el COVID-19, se hará mención acerca del panorama actual, así como de un posible enfoque de comportamiento de la pandemia y la reacción del sistema de salud colombiano.

Abstract: Medical law —being a special field of law— seeks to show the area concerning the legislation included on the medical practice, involving ethics as an essential factor.

To develop this topic, it is necessary to define the elements that distinguish medical law. To do so the next questions are going to be answered throughout the text:

- Which are the specific elements that form medical law?
- How should the physician-patient relationship be?

It is also important to divide the subject into three sections: the first one on the theoretical-conceptual description, and, therefore, the delimitation of the elements of medical law; then, in depth, the physician practice and the doctor-patient relationship will be studied; and lastly, the applicability and relationship of the elements in the medical-legal field.

To achieve this goal the methodology is based on the study of a subject that is not studied in depth, through the compilation of studies that approach the subject. Then, it is theorized, and later a postulate is proposed about the elements of medical law.

This will allow the reader having a broader view of the fields associated with medical law. These are fully relevant and worthwhile, considering legal problems in the activities of health care practitioners; even more so, given the statistics that show an increase in lawsuits due to medical liability. Additionally, due to the situation of the present health emergency by COVID-19, a mention of the current scenario will be made, as well as a possible behavioral approach to the pandemic and the reaction of the Colombian healthcare system.

Palabras clave: derecho médico, acto médico, responsabilidad médica, consentimiento informado, ética médica.

Keywords: medical law, medical practice, medical liability, informed consent, medical ethics.

TABLA DE CONTENIDO

Introducción.....	6
1. CONTENIDO TEÓRICO Y CONCEPTUAL: ELEMENTOS DEL DERECHO MÉDICO.....	10
1.1 Acto médico.....	10
1.2 Relación Médico-Paciente.....	12
1.3 Consentimiento informado (CI)	12
1.4 Secreto Profesional.....	13
1.5 Historia Clínica.....	15
1.6 Responsabilidad Médica.....	16
2. ACTO MÉDICO Y SU CONTEXTO EN LA RELACIÓN MÉDICO PACIENTE	18
3. APLICACIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL DERECHO MÉDICO	23
CONCLUSIONES	31
BIBLIOGRAFÍA	33

Introducción

El ejercicio de la medicina se basa en la aplicación de la *lex artis*³ fundamentada en el acto médico y apoyada en la obligación del médico de servir o ayudar al enfermo incluso sin recibir ningún tipo de remuneración, tal como se afirma en el juramento hipocrático, en el cual se incluyen aspectos científicos, éticos y pedagógicos que le permiten a la ciencia médica su avance y perfeccionamiento.

Hoy en día la medicina ha ido evolucionando y es posible contar con especialidades específicas para el estudio parcializado, pero de mayor profundidad del cuerpo humano a fin de encontrar la cura o la mejoría a la patología por la cual el enfermo consulta gracias al constante avance tecnológico. Sin embargo, esta gama de especialidades no siempre está al alcance de todas las personas a causa de la diversidad social, económica, cultural y demográfica y, por lo tanto, la salud de los individuos se encuentra directamente involucrada.

De manera que el hecho de que la medicina sea una ciencia en continuo avance técnico-científico no significa que esté exenta de la comisión de errores que afecten la salud del individuo, y por esta razón es que nace la importancia de conocer a quién se le hace responsable cuando hay fallas en la prestación de los servicios de salud; pues bien, de este cuestionamiento es que parte la necesidad de estudiar sobre el derecho médico, disciplina por medio de la cual el campo jurídico y sanitario se relacionan y así se encuentra el punto de equilibrio en la responsabilidad médica.

El propósito de estudiar acerca del derecho médico y sus elementos nace en vista del panorama legal que se observa en el alto nivel de procesos jurídicos y el riesgo de demandas por responsabilidad médica el cual ha ido en ascenso tal como lo muestran en un estudio realizado para los años 2010 – 2014 en Medellín⁴. esta es la razón del porqué se hace necesario conocer todos los aspectos que están inmersos en el actuar médico asociados a medicina y derecho y que afectan de manera directa o indirecta al paciente, teniendo en cuenta que la mayoría de estos hechos se generan quizás por desconocimiento de la materia o por no regirse a la *lex artis*.

³ El término *Lex Artis* proviene del latín que significa " LEY DEL ARTE", o regla de la técnica de actuación de la profesión que se trate. Ha sido empleada para referirse a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta o se ajusta o no a lo que debe hacerse.

⁴ Tendencia de las demandas por responsabilidad médica radicadas en el CENDES entre el 2010 y el 2014” por la Dra Natalia Restrepo Giraldo en 2015.

Para cumplir con la finalidad propuesta acerca de dar a conocer cuáles son los elementos del derecho médico inmersos en el acto médico es primordial saber que a través de la historia puede conocerse, como por medio del código de Hammurabi, los inicios para penalizar o castigar al médico que ha fallado en su atención, si bien es cierto que en la actualidad el profesional en salud se ve involucrado en delitos que conllevan a su juzgamiento a través de jueces competentes asociado al incumplimiento de la *lex artis*.

En Colombia el primer antecedente jurídico relacionado con la responsabilidad médica se plasma en la ley 67 de 1935, donde se decreta que existen algunas profesiones que constituyen una función social y por lo que podrán ser responsables civil y penalmente en el caso de falla en sus acciones, así como también por omisión de su actuar en el ejercicio profesional. Para el caso en particular, una de estas profesiones es la medicina que puede ser juzgada como se menciona anteriormente.

Ahora bien, si estudios realizados a nivel nacional e internacional nos muestran que los procesos jurídicos van aumentando, así como una categorización acerca de las causas de estos, se podría inferir que las causas principales nos pueden llevar a determinar e identificar cuáles son los elementos del derecho médico que deben tenerse en cuenta. Así pues, su estudio y aplicación en la actividad médica cumplan con el propósito de que a medida que vayamos empapándonos más de esta información, la intervención o planes de acción ayuden a disminuir estas estadísticas y, por ende, que las lesiones o daños hacia el paciente sean mínimos o nulos.

De igual modo, una vez se identifican los elementos del derecho médico se hace necesario su análisis, de manera que permita determinar cómo su estudio pueda aportar a la hora de realizar planes de acción para disminuir el riesgo de cometer actos inseguros que puedan desencadenar en daño o muerte al paciente, con el único propósito de que ni el personal sanitario se vea inmiscuido en procesos legales, ni el paciente llegue a ser una víctima más de la propia actividad médica.

Es claro que en la medida que el tiempo ha transcurrido se han visto cambios a la hora de la prestación de los servicios de salud, específicamente en el ejercicio de la actividad médica, cambios en los cuales el paciente ha ido adquiriendo un papel primordial a la hora de tomar decisiones acerca de su salud, donde se descubre que el entorno que rodea la actividad médica está compuesto de distintos elementos: el acto médico, relación médico-paciente, consentimiento informado, secreto profesional, adecuado manejo de la historia clínica.

Para referirse sobre el acto médico y la relación médico paciente puede recordarse que años atrás la medicina se ejercía como un método paternalista, tal como si se tuviera una balanza donde uno de los lados pesara más. En este caso, el médico como dueño del conocimiento era quien tomaba decisiones sobre la salud de su paciente; sin embargo, con el paso del tiempo a través de la legislación, por una parte, y por otra el interés particular del paciente de ser una factor importante a la hora de tomar decisiones sobre su cuerpo; y es en ese momento donde la balanza debería equilibrarse, puesto que el personal sanitario está en la obligación de brindar toda la información sobre su estado de salud, y así entre los dos actores llegar a un fin común y que las decisiones tomadas no los afecte en un futuro.

Es importante mencionar que después de la guerra mundial, con el código de Núremberg aparece el consentimiento informado, el cual se ha considerado que tiene dos funciones: la primera de protección de los derechos del paciente, y la segunda como tendencia proteccionista para el personal de salud. No obstante, este consentimiento aún sigue siendo considerado como un simple requisito que se debe llenar a la hora de realizar un procedimiento que requiera autorización del paciente o de terceros, según sea el caso. He aquí una base problemática, puesto que el hecho de no prestar la debida atención a éste puede acarrear consecuencias jurídicas por falta de información, y que a pesar de estar legalmente establecido de obligatorio cumplimiento no es del todo aplicable en la actualidad, porque el consentimiento informado conlleva el deber de la información y no un mero diligenciamiento de un documento como exigencia.

A partir de la rigurosa observación de la conducta profesional del personal de salud se ha visto como el derecho médico va abriendo camino en el campo del conocimiento. Hasta el momento, la mayoría de estudios realizados se han enfocado sobre la medicina y sobre el derecho de manera autónoma. Con todo, si bien algunos trabajos yuxtaponen ambas disciplinas debido a su estrecha relación, en la literatura no se encuentra un criterio o doctrina que defina claramente el concepto de derecho médico y, por ende, tampoco se encuentra el desarrollo de unos elementos que hagan parte de éste, los cuales al identificarse y estudiarse a profundidad logren determinar una noción de esta área del derecho, siendo esta la razón principal del presente capítulo.

Con base a las generalidades mencionadas en párrafos anteriores, el valor de este capítulo está basado en contextualizar al lector si es posible delimitar unos elementos específicos del derecho médico, esto gracias al estudio teórico y la aplicación de un

enfoque médico y jurídico como una simbiosis buscando orientar acerca del valor que tiene conocer el derecho médico como pilar jurídico en el ejercicio de la medicina.

Lo anterior se logra mediante una rigurosa metodología investigativa, catalogándose como una investigación de tipo cualitativo el cual se basa en explorar la temática, describir su contenido y luego plantear nuevas interpretaciones teóricas, tal como lo menciona Bunge y Popper, expresando que toda investigación científica tiene su punto de inicio en la selección de un tema que puede ser nuevo, poco conocido, poco estudiado o que necesite validación científica, para que a través de su estudio y raciocinio poder discernir sus características, las que luego de ordenadas minuciosamente han de ser consideradas “como 'observaciones sobre tal hecho' y valoradas, según corresponda, con enfoque deductivo o inductivo, a fin de teorizar y proponer postulados en una o varias hipótesis de solución” (Ramírez, 2009, p. 218).

1. Contenido teórico y conceptual: Elementos del Derecho Médico

La medicina es una profesión que tiene como fin el cuidado integral de la salud del ser humano y la prevención de las enfermedades. Hoy en día la medicina se encuentra en un momento de crecimiento debido a la evolución tecnológica que ha permitido tratar un sin número de enfermedades. No obstante, cada organismo es diferente por lo que la medicina no es una ciencia exacta. Cada enfermedad o paciente puede presentar condiciones individuales que pueden ser complicadas o inciertas, lo que genera que muchos efectos imprevisibles puedan presentarse independientemente del accionar del profesional médico y no necesariamente por el actuar indebido del galeno⁵. (Lazo, 2000).

La evolución de la medicina ha traído consigo responsabilidades jurídicas surgidas de la actuación profesional de los médicos, donde el proceder del médico es de extrema importancia y que este debe conocer el derecho médico para evitar que en determinados casos se vulneren preceptos o disposiciones legales (Berenguer, Arroyo y Berenguer, 2009).

Con respecto a lo anterior es posible reconocer los siguientes elementos del derecho médico: acto médico, relación médico-paciente, consentimiento informado, secreto profesional, historia clínica, responsabilidad médica; los cuales se describirán a continuación de manera individual.

1.1 Acto médico

La actividad médica es el conjunto de acciones realizadas por parte del médico y las instituciones prestadoras del servicio de salud por medio de su personal, enfocadas a prestar atención al paciente cuando requiere de los cuidados de la ciencia médica (Obando, 2016, p. 51).

La ley 1438 de 2011 en su artículo 104 establece:

ACTO PROPIO DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD: Es el conjunto de acciones orientadas a la atención integral de salud, aplicadas por el profesional autorizado

⁵ Galeno: se hará referencia al médico, (Galeno de Pérgamo fue un médico, cirujano y filósofo griego en el Imperio romano. Considerado uno de los más completos investigadores médicos de la Edad Antigua)

legalmente para ejercerlas. El acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario. Esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medio, basada en la competencia profesional.

Para mejor comprensión se habla de acto médico como la manera en la que la relación establecida entre el médico y paciente se materializa una vez el segundo acude al profesional en busca de ayuda por algún padecimiento en su salud o también puede darse en el caso que se busque ayuda del galeno a través de terceros, esta condición puede presentarse en los servicios de emergencias, todo esto con la finalidad que el médico mediante su conocimiento y pericia está en la obligación de brindar toda la ayuda y apoyo en todo tipo de condición patológica ya sea de manera preventiva, terapéutica o de rehabilitación.

Vera (2013) menciona dos características sobresalientes en el acto médico: la profesionalidad y la beneficencia; la primera realizada por el profesional médico sometido a prácticas médicas vigentes técnicamente aceptadas (*lex artis*) asociado a las circunstancias de la enfermedad y la disponibilidad de equipos y personal de apoyo para la atención; y la segunda característica relacionada con la obligación de no hacer daño, evitar el daño, suprimir lo que hace daño y promover lo que le haga bien al paciente.

Guzmán et al. (1994, 139-149) se refieren al acto médico directo como: “aquellos en los cuales mediante la intervención médica se trata de obtener la curación o alivio del enfermo. Ellos pueden ser preventivos, diagnósticos, terapéuticos o de rehabilitación”.

El acto médico indirecto son todas aquellas acciones que no están en contacto directo con el paciente, con el fin de mejorar la calidad de la atención médica, pueden ser gestiones administrativas esto relacionado con el riesgo técnico.

En este contexto es válido mencionar los principios descritos para la bioética los cuales directamente están relacionados con la actividad médica, así como los mencionan Beauchamp, T y Childress, J. (1994) citado por Siurana (2010): autonomía para estos autores, un acto de autonomía es cuando la acción se hace con intención, comprensión y sin influencia que intervengan en su actuar; no maleficencia hace parte de la obligación de no causar daño físico ni mental; beneficencia que consiste en evitar el daño, eliminar el daño con la finalidad de buscar el bien del otro; y la justicia definida como el manejo ecuánime y adecuado de lo que requiera la persona.

1.2 Relación Médico-Paciente

Como toda relación interpersonal implica la actuación de al menos dos sujetos, en el tema a estudio se aborda la relación médico paciente la cual por su complejidad se le caracteriza por ser de mayor profundidad y valor en el desarrollo de la actividad médica, en este caso si se da un adecuado rol de las partes el objetivo final será la satisfacción o no por parte del paciente con respecto a la atención brindada por su el profesional de la salud.

Ahora bien, de qué manera medir ese nivel de satisfacción quizá respondiendo estos interrogantes: ¿el médico tuvo un trato amable?, ¿resolvió las dudas sobre mi enfermedad?, ¿supo explicar el proceso de mi enfermedad?, ¿el médico me presto la atención necesaria a mis padecimientos? Estos y otros más serán los interrogantes en la actividad médica y solo así se puede determinar si la atención que se brinda al enfermo es humanizada, integral y de calidad. Si bien es cierto hay consultas médicas en las cuales solo es necesario para curarse el hecho de que otra persona le escuche y le preste atención y de ahí parte la gran importancia de ponerse en el lugar del otro y la disposición plena para ayudarlo en cuanto lo requiera.

La relación médico - paciente es una relación en la que el médico es quien se encarga de poner todas sus capacidades y su conocimiento para la brindar atención encaminada a la promoción de la salud, prevención de la enfermedad, curar una alteración de la salud y la rehabilitación del paciente, lo anterior utilizando toda su sabiduría y experticia para conseguirlo pero sin la posibilidad de asegurar un resultado favorable, por esta razón es importante brindar una información clara, oportuna y veraz al enfermo sobre su condición, riesgos o posibles complicaciones. (Guzmán et al. 1994; Bohórquez. 2004).

1.3 Consentimiento informado (CI)

Partiendo de la definición que da la real academia Española de consentimiento siendo esta una “manifestación de voluntad” nos lleva a determinar que el CI en la actividad médica correspondería a una manera de aceptar o rechazar una atención o intervención médica según sea su voluntad, así mismo considerándose como uno de los registros más importantes a la hora de tomar decisiones sobre el estado de salud de un

sujeto, tener la voluntad para decidir a partir de argumentos brindados por el personal de salud; a la vez hace parte de una representación jurídica en la que se disponen las voluntades de las partes previo a que el médico dispense la atención a su paciente, como si se tratara de un negocio donde el profesional siendo dueño del conocimiento brinda cierta información completa al individuo, y así al final es él quien toma la decisión basado siempre en su autonomía y el respeto por su dignidad. Por otro lado, el consentimiento informado se ha considerado como una figura jurídica en la que pasa a ser un elemento usado para la regulación del deber de información por parte del profesional hacia el paciente.

El CI según lo menciona Legarda y Henao (2011) está integrado por dos dimensiones: la primera que es desarrollada por la Corte Constitucional buscando la protección de los derechos del paciente y es el uno de los registros médicos que pasa a ser el resultado de la decisión o voluntad del paciente, y por el otro lado está que el CI figura como un medio proteccionista manejado por el Consejo de Estado en el que en algún momento puede usarse como medio de evidencia para eximir en el caso de que se presente algún proceso asociado a la responsabilidad médica.

La ley 23 de 1981 con respecto al consentimiento informado proclama en su artículo 15: “El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médico quirúrgicos que considere indispensable y que puedan afectarlo física o psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuera posible, y él le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente”.

1.4 Secreto Profesional

Para hablar de este tema la palabra secreto en general se asocia con el hecho de tener información de algo o alguien la cual es reservada y está limitada a un cierto número de personas para darse a conocer. En el caso en concreto y que nos compete el secreto profesional viene a ser un tema de interés particular en el acto médico, éste cobra importancia desde años atrás pero que en la promulgación del juramento hipocrático se convierte en una obligación para el personal de salud que consiste textualmente desde este juramento como: “Todo lo que viere o escuchare en el ejercicio de mi profesión, o

fuera de ésta, en relación con la vida de los hombres, si ello no debe ser divulgado jamás, lo mantendré en silencio, teniendo tales cosas por secretas”⁶.

De la misma manera este juramento ha sido actualizado en varias oportunidades siendo la última actualización aceptada por la Asociación Médica Mundial en 2017 y a la cual hasta la fecha los galenos están regidos adecuada a los tiempos actuales.

Adicionalmente en el año 1981 se crea la ley 23 en la que de igual manera se promulga la obligación por parte del personal sanitario de guardar el secreto de todo lo que por su actuar haya visto, oído o entendido.

Sin embargo, en esta misma ley se establecen algunas excepciones en las cuales es factible su revelación: a) Al enfermo, en aquello que estrictamente le concierne o convenga; y algunas **CONDICIONALMENTE** b) A los familiares del enfermo, si la revelación es útil al tratamiento; c) A los responsables del paciente, cuando se trate de menores de edad o de personas mentalmente incapaces; d) A las autoridades judiciales o de higiene y salud, en los casos previstos por la ley; e) A los interesados cuando por defectos físicos irremediables o enfermedades graves infecto-contagiosas o hereditarias, se pongan en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia. De la misma manera el médico se encargará de velar que el personal de apoyo guarde el secreto profesional.

La confianza que se establece en la relación médico paciente se sustenta como el secreto profesional. La información íntima brindada por parte del paciente es básica en el acto médico y esta no sería posible sin la seguridad de confianza por parte del médico. La

⁶ Juramento Hipocratico: Juro por Apolo Médico, por Asclepio, por Higiea y Panacea, por todos los dioses y diosas, poniéndolos por testigos, que cumpliré en la medida de mi capacidad y mi criterio el juramento y compromiso siguiente: Tener a mi maestro en este arte en la misma consideración que a mis progenitores; compartir con él mis bienes y en caso de necesidad, transmitirle parte de los míos; tener a sus hijos como mis propios hermanos y enseñarles este arte si desean aprenderlo, sin honorarios, ni compromiso; transmitir los preceptos, enseñanzas orales y el resto de aprendizaje a mis hijos, a los de mi maestro y a los discípulos comprometidos y juramentados según la ley médica, pero a ningún otro. Haré uso del régimen en beneficio de los enfermos, según mi capacidad y mi recto entender y, si es para su daño e injusticia, lo impediré. A nadie daré, aunque me lo pida un remedio mortal, ni tomaré la iniciativa de proponer una cosa así. Del mismo modo, tampoco proporcionaré a una mujer un pesario abortivo. De forma más pura y santa pasaré mi vida y ejerceré mi arte, no cortaré, por cierto, a los enfermos de piedra sino que los dejaré en manos de los hombres que realizan esa práctica. En todas las casas en las que entrare, lo haré en beneficio de los enfermos manteniéndome lejos de toda injusticia voluntaria, y de toda corrupción en general, y sobre todo del trato amoroso con mujeres u hombres, libres o esclavos. Todo lo que viere o escuchare en el ejercicio de mi profesión, o fuera de ésta, en relación con la vida de los hombres, si ello no debe ser divulgado jamás, lo mantendré en silencio, teniendo tales cosas por secretas. Por tanto, si cumplo este juramento sin quebrantarlo, que me sea dado disfrutar de la vida y de arte, honrado entre los hombres por siempre jamás. Pero, si lo violo y soy perjuro, que mi suerte sea la contraria.

confidencialidad está muy relacionada a la intimidad. “La confidencialidad consiste precisamente en guardar reserva sobre las informaciones que afectan a la vida privada de los individuos”; y esta puede considerarse como un deber moral y profesional puesto que el profesional de salud tiene la obligación de no dañar a las personas, el compromiso de lealtad hacia el ser humano, el poder de promesa o el valor de la palabra, y otro posible argumento el de estar desempeñado por profesiones de utilidad social de donde parte siendo este la base para desarrollar la confidencialidad en el personal de salud. Lachica E. (2012).

1.5 Historia Clínica

La resolución 1995 de 1999 define: “La Historia Clínica es un documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención”. Dicho documento únicamente puede ser conocido el usuario, equipo de salud, las autoridades judiciales y de Salud en los casos previstos en la Ley y las demás personas determinadas en la ley. De esta misma manera en la ley 21 de 1981 se menciona los parámetros requeridos para el diligenciamiento correcto de la historia clínica.

En la actividad médica a la hora de la prestación de los servicios de salud la manera como esta se materializa es por medio de los registros médicos dentro de estos están: la historia clínica, certificaciones médicas, incapacidades, peritajes médico legales. Para el caso en concreto nos centraremos en la historia clínica como pilar fundamental del registro médico, este documento tiene varios fines el principal es consignar cada detalle de los actos médicos efectuados de manera cronológica, ordenada y veraz que le permita a quien tenga acceso tener un recordatorio de lo que hizo durante la ejecución del acto médico, por otra parte otro fin de la historia clínica es su uso para procesos de evaluación de la calidad asistencial, docencia, fines administrativos, y otro que está muy relacionado con el primero es con fines médico-legales o de reclamaciones a la hora de un proceso de responsabilidad médica.

1.6 Responsabilidad Médica

La medicina como la mayoría de áreas profesionales en su ejercicio implican cierto grado de riesgo para la sociedad, en el caso en particular en la práctica de la medicina implica un riesgo para el paciente el cual puede conllevar a causar lesión o muerte del sujeto, a partir de esto se despliega el deber de responder por cada acto del personal sanitario cuando se haya generado un daño a lo que se denomina responsabilidad médica, este punto en sí tiene como objetivo un fin sancionatorio y otro resarcitorio dependiendo de la complejidad del caso.

Rodríguez (2001), expresa que la responsabilidad médica surge de una ruptura de la relación médico-paciente, ante un daño o un error médico inexcusable, es decir que la responsabilidad médica “es el reflejo de todas las actuaciones médico-sanitarias con el paciente, de toda la relación profesional sanitario-paciente y de todos los conocimientos, medios y actuaciones médicas que se ponen a su disposición”.

La responsabilidad médica es de sumo interés por comprometer los valores de la vida y la integridad personal, que son especialmente apreciados por el Estado y por toda la comunidad, finalmente la responsabilidad solamente es aplicable a los profesionales que son médicos titulados (Ruiz, 2004).

Ruiz (2004) también expresa que, hoy por hoy el médico puede ser acusado ante los jueces correspondientes si ejercen mal su profesión, por lo que al hablar de responsabilidad médica bien sea civil, penal, o administrativa, se debe tener en cuenta que en Colombia esta es de medio y no de resultado, es decir, no está en la obligación de garantizar la salud del enfermo, pero sí de brindarle todo su apoyo y tratamiento en pro de mejorar las condiciones de su salud.

Así pues, es válido aclarar la diferencia entre estas dos obligaciones tal como lo hace el profesor de derecho privado Carlos López Fernández para el caso en particular en lo que respecta al campo sanitario: en la obligación de medios el médico está obligado a asumir un comportamiento, una conducta tendiente a obtener un resultado, el cual es esperado por el paciente para la satisfacción de su interés. Pero si el médico no alcanza dicho resultado, como no asegura alcanzarlo, se entenderá que no ha incumplido, y, por lo tanto, no incurrirá en responsabilidad médica, si actuó con toda la diligencia para tratar de obtenerlo. (López C. 2000, 98)

Cuando la obligación es de resultado, el médico asegura la obtención del resultado, se obliga a alcanzarlo y, si efectivamente lo alcanza, ello significa que ha cumplido y, en consecuencia, que el paciente ha obtenido la satisfacción de su interés. Y si el resultado no se logra el médico incurre en incumplimiento, sin que se pueda exonerar de responsabilidad probando que actuó con la diligencia. (López C. 2000, 98)

Además, se puede decir que, si es el caso en que la actividad médica haya considerada como una obligación de medio, el personal sanitario se exonerará de toda culpa al probar que sus acciones fueron las necesarias y con el máximo cuidado que estaba a su alcance. Sin embargo, durante la actividad médica pueden presentarse factores externos que afecten directa o indirectamente la prestación del servicio de salud.

Estos factores podrían ser:

a) Fuerza mayor: hechos caracterizados por la irresistibilidad y la imprevisibilidad.

b) Caso Fortuito: hecho que pudo haber sido advertido y de haberlo hecho pudo haberse evitado, pero sucede inesperadamente. La doctrina los asemeja como eximentes de responsabilidad con tal que sean irresistibles e imprevisibles.

c) Culpa exclusiva de la víctima: cuando la propia persona se genera daño o perjuicios a su salud.

d) Hecho de un tercero: cuando es una persona ajena a la relación médico-paciente, quien aporta causalmente a producir un daño. (Ruiz, 2004, p. 205).

Así mismo el autor Brajhan Obando (2016, p. 82) indica que “en la situación del caso fortuito es una situación interna que se presenta sin voluntad pero que pudo haber sido evitada, por tal razón no exonera de responsabilidad como sí lo hace la fuerza mayor”.

Por otra parte, cobra importancia referirse a las cargas probatorias en la responsabilidad civil médica donde a través de la Ley 1564 de 2012 en su artículo 167 que adoptó el Código General del Proceso expone la carga dinámica de la prueba proclamando:

Según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre

en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos.

De esta manera se puede inferir que el juez correspondiente decidirá quien se encuentra en mejores condiciones probatorias para demostrar el elemento falla, así mismo se refieren Santos et Al.: el dinamismo probatorio mediante el juez puede llegar a su distribución sea a petición de parte o de oficio, considerando la postura apropiada de las dos partes para aportar la pruebas y la que este en mejor posición de probar en virtud del alcance del material probatorio ya sea por tener en su dominio el objeto de prueba o bien por el estado de indefensión en la que se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias.

Ahora bien, en el contexto nacional destaca la investigación realizada por Amaya (2018, 23) sobre la responsabilidad penal por el ejercicio de la profesión médica en Colombia, donde se evidencia una revisión literaria sobre la responsabilidad penal médica, la *lex artis*, el deber objetivo de cuidado, la imputación objetiva, el consentimiento informado de la profesión médica. El estudio expone cuando se considera que un médico es responsable de una conducta delictiva con modalidad culposa.

A lo largo del escrito de Amaya, se presenta legislación colombiana a la que se encuentra sometidos los médicos, como el código de ética médica que dentro de sus artículos se evidencia la enorme responsabilidad del médico con su paciente en el entendido de que es su deber informarle los riesgos a los que se expone en claridad del tratamiento o intervención al que se somete y que es responsabilidad del médico no exponer al paciente a un riesgo mayor del necesario. (Amaya, 2018, pp 9 -10).

2. Acto Médico y su contexto en la relación Médico - Paciente

El ser humano desde su concepción puede tener el riesgo de cursar con alteraciones en su estado de salud, condiciones patológicas de complejidad y variada razón por la que requiere de la búsqueda de ayuda a profesionales de la medicina para solicitar sus servicios y de esta manera se logre prestar un servicio de salud que conlleve a suplir con las necesidades en pro de mejorar su condición de salud.

Es así como el personal sanitario requiere de conocimientos propios, experticia para que le permita obrar en a favor de la salud del paciente, en este aparte será necesario enfocarse específicamente en el personal médico. Para ello en Colombia existen múltiples

facultades de medicina que prestan sus servicios educativos para la formación de galenos, una vez cursado todos los requerimientos académicos reglamentados por el ministerio de salud, es éste ministerio quien da el aval para poder ejercer como profesional de la salud. Por ello, tanto las instituciones de educación superior como las entidades de regulación en el personal de salud -háblese de ministerio de salud o secretarías de salud entre otras- autorizan su actividad médica a través del registro tal como lo regula el decreto 1875 de 1994.

Adicional a esto está el deber de vocación y servicio que requiere esta área profesional tomando como pilar fundamental la actualización del juramento hipocrático en su última versión aceptada por la Asociación Médica Mundial que se encuentra promulgada en la declaración de Ginebra en 2017 ⁷ la cual ha sido modificada fundamentándose en el respeto por la autonomía del paciente, autocuidado del médico con el fin de prestar sus servicios de manera óptima y de calidad, (Sánchez, Taype 2018); por otra parte está el código internacional de ética médica y en Colombia por la ley 23 de 1981; todos estos fundamentados siempre en el deber de ejercer la medicina mediante principios de la ética, profesionalismo, humanización, y ante todo respecto por la dignidad humana.

Ahora bien, es indispensable hablar sobre el sistema de salud en Colombia, sistema el cual está conformado por entidades prestadoras de servicios de salud (EPS), instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS), cada una de estas con funciones diferentes. La primera, encargada de los procesos administrativos y comerciales y, la segunda, referente a los lugares donde se presta la atención médica y los servicios de

⁷ PROMESA DEL MÉDICO

COMO MIEMBRO DE LA PROFESIÓN MÉDICA: PROMETO SOLEMNEMENTE dedicar mi vida al servicio de la humanidad; VELAR ante todo por la salud y el bienestar de mis pacientes; RESPETAR la autonomía y la dignidad de mis pacientes; VELAR con el máximo respeto por la vida humana; NO PERMITIR que consideraciones de edad, enfermedad o incapacidad, credo, origen étnico, sexo, nacionalidad, afiliación política, raza, orientación sexual, clase social o cualquier otro factor se interpongan entre mis deberes y mis pacientes; GUARDAR Y RESPETAR los secretos que se me hayan confiado, incluso después del fallecimiento de mis pacientes; EJERCER mi profesión con conciencia y dignidad, conforme a la buena práctica médica; PROMOVER el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica; OTORGAR a mis maestros, colegas y estudiantes el respeto y la gratitud que merecen; COMPARTIR mis conocimientos médicos en beneficio del paciente y del avance de la salud; CUIDAR mi propia salud, bienestar y capacidades para prestar una atención médica del más alto nivel; NO EMPLEAR mis conocimientos médicos para violar los derechos humanos y las libertades ciudadanas, ni siquiera bajo amenaza; HAGO ESTA PROMESA solemne y libremente, empeñando mi palabra de honor

salud complementarios. Este sistema de salud requiere obligatoriamente de factores concretos para su funcionamiento tales como: financiación, talento humano, suministros, información, sistemas de comunicación, entes reguladores, direccionamiento estratégico con la finalidad de prestar un servicio en pro de la salud de la población estableciendo un punto de equilibrio entre la prestación y un órgano financiero estable.

Por ende, se hace primordial hablar sobre la relación laboral o el tipo de vinculación entre el nombrado sistema de salud y el personal de talento humano quien lo conforma puesto que se ha visto que las entidades de salud a razón de mantenerse económicamente, o quizá por nuevas tendencias de los modelos de gestión y administración en salud vinculan a su personal de manera que este vaya perdiendo su poder adquisitivo orillándolo a laborar por mayor tiempo o incluso tener más de un trabajo, lo que implicaría trabajar más de las horas estipuladas o reglamentadas legalmente en búsqueda de lograr una mejor remuneración que le permita mantener su nivel de vida y cumplir con sus obligaciones económicas.

Pues bien, esta situación quizá puede verse reflejada en la prestación de un servicio de calidad afectando así la seguridad del paciente, poniendo en riesgo la salud y por ende la vida del paciente generando mayor ocurrencia de errores o de eventos adversos en el proceso de atención. Así mismo, la presión que estas entidades ejercen con el fin de cumplimiento de metas o indicadores hacen que la carga horaria sea más extensa, los tiempos de atención por paciente sean más cortos, que significaría mayores ingresos por aumento en el número de pacientes atendidos.

De esta manera puede decirse que el personal sanitario al estar sobrecargado de trabajo le va a implicar cambios en su desempeño laboral a causa de alteraciones en el patrón de sueño, alteración en la concentración, memoria y atención entre otros efectos que pueden conllevar a manifestarse en eventos adversos, daño o incluso muerte del paciente.

Ahora bien, profundizando más en el tema, para referirse al acto médico considero que es necesario englobar no solo la función del médico, sino cada uno de los eventos realizado desde que un paciente ingresa a una entidad de salud hasta su egreso. Esto significa que cada función del personal de salud contribuye a prestar un servicio que dependiendo del resultado se puede decir que fue o no un servicio de calidad.

Es así como por el hecho de hablar acerca de tópicos como acto médico, responsabilidad médica, derecho médico pareciera solo estarse enfocando en el profesional de la medicina. Sin embargo, a la hora de la solicitud de un servicio por parte

del paciente los actores pueden ser varios profesionales de manera multidisciplinaria, por lo que no sería apropiado dirigirse solo a un grupo en específico. Por consiguiente, sería más oportuno referirse a la falla en atención en la prestación de los servicios de salud que presuntamente puede existir, más no exactamente a la responsabilidad médica puesto que significaría que el error pudo ser solo del servicio asistencial, dejando de lado que detrás de la atención se hallan sistemas administrativos y financieros dentro de los cuales también puede haber falla y conllevar a un daño o evento adverso que afecte al ser humano como paciente.

Por consiguiente, en lo que se refiere a la relación médico-paciente en el acto médico, se aúna un factor importante que es la historia clínica, siendo ésta el medio en el cual se materializa y por ende se trata de un relato de manera organizada y cronológica sobre la atención, además permitirá conocer que tan eficaz fue la prestación del servicio y de que calidad puesto que si se encuentra registros médicos incompletos, insuficiente información sobre datos personales, antecedentes incompletos, en fin información parcial, fácilmente será posible identificar que el acto médico no se concretó de manera satisfactoria con la posibilidad que ocurra un evento adverso.

Así pues, en lo que respecta a la historia clínica, como pilar fundamental está el deber de información a partir de ambos actores (paciente - personal de salud), estando establecido como derecho constitucional en el artículo 20 de la Constitución Política Colombiana de 1991, que viene siendo un factor determinante para el adecuado proceso de atención médica durante la prestación de los servicios de salud, puesto que cada persona tendría el deber de dar información veraz, completa y necesaria respetando su autonomía; y en el mismo sentido esta información recibirla por parte del personal sanitario.

En consecuencia, el hecho de obtener una correcta recolección de información implicaría datos personales completos, datos de antecedentes personales, familiares, la sintomatología, evolución, tratamientos en fin la adecuada elaboración de la historia clínica, con lo cual al personal médico le será más factible llegar a una conclusión diagnóstica con certeza.

De esta manera cabe reconocer que la información incluida en la historia clínica puede incluir diversos tipos de datos, algunos de estos se incluye los datos personales los cuales se definen como: “Cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables”. Por ende, puede determinarse

que según la ley 1581 de 2012 la historia clínica hace parte de una categoría denominada “datos sensibles” que en su artículo 5 del título III lo especifica así:

Para los propósitos de la presente ley, se entiende por datos sensibles aquellos que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos.

En efecto, si se revisa el contenido de la historia clínica es posible darse cuenta que incluye muchos de los datos mencionados en el anterior párrafo los cuales basados en esta ley y para hablar de ésta la cual se regula por la resolución número 1995 de 1999 exigen una especial protección y por lo tanto la información inmersa solo sería divulgada en casos excepcionales como está estipulado.

Además, así como todo proceso está en constante evolución, la historia clínica no podría estar de lado por esta razón se ha implementado recientemente la ley 2015 de 2020 en la que se establece la interoperabilidad de la historia clínica electrónica, esto significaría que la información más importante clínicamente en el curso de la vida de cada persona se podría intercambiarse en la red asistencial en la que hay asistido con la finalidad de dar continuidad en su atención.

Así las cosas, la historia clínica cumple un papel indispensable a la hora de encaminarse a un adecuado estudio de alguna patología. La historia clínica viene siendo un pilar esencial para lograr el objetivo y por ende los errores o eventos adversos durante la atención tenderían a disminuir con la única finalidad de prestar un servicio de calidad.

Por otra parte, el ignorar la importancia de la historia clínica durante la actividad médica conllevaría posibles eventos adversos en salud, esto en consideración de que el personal sanitario convierta su diligenciamiento en un simple cumplimiento de un formato con futuras irregularidades en su proceso.

Como ya se ha dicho en el transcurso de este capítulo la historia clínica tiene varios fines, uno de ellos es su uso con propósitos médico-legales o de reclamaciones a la hora de un proceso de responsabilidad médica. Con todo, enfatizando en la ausencia o pobre

diligenciamiento de este documento las consecuencias se verían reflejadas principalmente en la ausencia de medios de prueba documentales que permitieran esclarecer hechos en el momento de obtener material probatorio. Además, el hecho de el inadecuado diligenciamiento de la historia clínica o en si la ausencia de ésta significaría el incumplimiento legal y ético tal como los exige la ley. (Ley 23 de 1981).

3. Aplicación de los elementos del Derecho Médico

El derecho médico como una rama del derecho busca la protección de un bien jurídico que es la vida y la dignidad humana y entorno a éste está el derecho a la salud, mediante el cual se busca sancionar legalmente al elemento que falló a la hora de prestar atención en una entidad de salud, de tal manera que no solo busca sancionar al médico si hubiese falla, si no en sí al sistema que erró al prestar un servicio que obligatoriamente tendría que garantizarse una atención de calidad y con eficiencia.

De acuerdo al estudio y a la práctica diaria ha sido posible considerar como elementos del derecho médico los siguientes: acto médico, relación médico-paciente, consentimiento informado, secreto profesional, historia clínica y responsabilidad médica; elementos a tener en cuenta durante la actividad médica los cuales están relacionados directamente a una falla en la prestación del servicio de salud y por ende a todos los procesos que hay detrás de esto y que han conllevado a generar un daño o, en el caso más grave, la muerte de un paciente.

De esta manera es necesario analizar en cuál de estos elementos se evidencian las fallas en los servicios de salud y de qué manera con su intervención permita tener resultados esperados en la prestación del servicio de salud mostrando así la efectividad en garantizar la protección de los derechos fundamentales la salud, la dignidad humana y la vida.

La calidad de la atención en la prestación del servicio de salud que reciben los pacientes es una temática de gran importancia en el mundo porque está muy relacionada con el valor misional del servicio de salud, cuyo objetivo es minimizar los riesgos durante la atención.

Ahora bien, es claro que no ha sido fácil eliminar completamente los daños causados en el servicio sanitario, sin embargo, mediante múltiples intervenciones con el

compromiso ético del personal de salud y con las acciones los sistemas de salud se ha buscado minimizar al máximo estos efectos, es así como su avance ha permitido que deje de ser una responsabilidad individual y se convierta en una obligación colectiva en la que se incluyan actores asistenciales, administrativos o financieros.

A partir de esto se ha visto necesario influir en los puntos críticos que han conllevado mayormente a casos de responsabilidad médica. Según estudios realizados en Colombia la falta de información, la falla en el cumplimiento de protocolos, la falta de experticia han sido las causantes principales de procesos legales.

De ahí que intervenir en mejorar la relación médico paciente en el acto médico, tal y como lo exige la obligación legal y ética, conllevaría a brindar un mejor servicio comenzando porque el vínculo inicial donde la relación entre dos personas sea de conformidad para los dos, en donde un trato con empatía por parte del personal sanitario le permita al paciente abrirse para establecer un ambiente de confianza en cuanto le sea posible con el único propósito satisfacer las necesidades del paciente.

Por otra parte, se hace necesario que los principios de la bioética tales como la autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia se reflejen en el acto médico y como resultado sea la complacencia de los dos actores el personal de salud involucrado y su paciente; tal como se hará referencia en el capítulo “principios del Derecho Médico”.

Además de esto puede establecerse mejoras en brindar un servicio de calidad caracterizado por la atención humanizada, oportuna, continua y eficiente, esto pudiéndolo lograr mediante la concientización del personal de salud tomando como premisa el principio hipocrático *primum non nocere* que significa: “ante todo no hacer daño”, y la vocación de servicio en el desempeño de su función.

La actividad médica o en general las intervenciones del personal sanitario conllevan un riesgo de que se desarrolle un daño en la salud de paciente pudiendo generar lesión o muerte. La Organización Mundial de la Salud (OMS) con respecto a la Calidad de la atención y seguridad del paciente, establece que:

Las intervenciones de atención de salud se realizan con el propósito de beneficiar al paciente, pero también pueden causarles daño. La combinación compleja de procesos, tecnologías e interacciones humanas que constituyen el sistema moderno de prestación de atención de salud puede aportar beneficios importantes.

Sin embargo, también conlleva un riesgo inevitable de que ocurran acontecimientos adversos, y, efectivamente, ocurren con demasiada frecuencia.⁸

Como se menciona en el apartado anterior toda actividad que esté involucrada en el ámbito de la prestación de servicios de salud va a conllevar a un riesgo, pero del cumplimiento del deber ser del personal de salud que sea partícipe depende el resultado, aunque eso no significaría que no puedan presentarse fallas que sean externas y que estén fuera del control del personal de salud y de las instituciones de salud en general.

Ahora bien, ¿de qué manera la relación entre el personal de salud y el paciente puede mejorar?, la respuesta sería mediante la prestación de un servicio de calidad en la que se cuente con profesionales de la salud que brindemos un trato humanizado, se preste la atención necesaria y se traslade toda la información requerida.

Es así como es importante saber que las profesiones que están relacionadas con la salud son profesiones que requieren vocación de servicio, así como se plantea en el juramento hipocrático para el caso de los galenos, servir a los demás buscando siempre su bien, evitando generar todo mal o injusticia. De la misma manera, el ejercicio de la medicina al ser una ciencia inexacta significaría que el componente científico y tecnológico puede ser cambiante; sin embargo, el componente humano considero que será siempre el mismo en el que toda persona merece un buen trato con respeto y una adecuada comunicación en pro de su bienestar.

El componente humano, que se menciona anteriormente, debe primar en la relación médico paciente, puesto que este ha venido siendo un obstáculo en el adecuado ejercicio de la medicina, aunque claro está que no se debe dejar de lado la tecnología que lo complementa. En el trascurso de la actividad médica se ha evidenciado que una de las barreras que han conllevado a fallas en la atención en salud ha sido éste quizá por falta de información o por dejar de lado el papel que cumple el paciente a la hora de recibir un servicio médico.

Por otra parte, otra barrera a la hora de la prestación de los servicios de salud está el aparato administrativo de cada entidad de salud donde por medio de su estructuración han conllevado a que la autonomía médica pase a segundo plano, condicionando al personal de salud al cumplimiento de funciones que en algunos casos conllevan a que

⁸ World Health Organization. The World Health Report 2002. Reducing Risks, Promoting Healthy Life. Geneve: WHO, 2002.

haya un beneficio generalmente económico, que favorezca a la institución de salud y no precisamente para el paciente, (Gutiérrez, 2020)

En consecuencia es muy importante que las instituciones de salud tengan siempre en consideración toda la legislación que se ha instaurado acerca de la prestación de los servicios de salud, las cuales en todos los casos están encaminadas a la protección específica de los derechos que comprometan la salud⁹, la vida y la dignidad de la persona. De acuerdo a esto, el proceso de atención no debería verse afectado ni bloqueado por trámites adicionales, por lo general, de carácter administrativos. Por ende, esto exige que la atención médica requiera de continuidad, pertinencia y que, en definitiva, se garantice la atención necesaria según lo requiera la casuística y de acuerdo a un concepto médico técnicamente argumentado y basado en protocolos institucionales previamente establecidos.

Por otra parte, es muy importante mencionar y hablar sobre la compleja problemática en salud en la cual estamos envueltos en este preciso momento con la pandemia por COVID-19, infección ocasionada por un nuevo coronavirus que pueden ocasionar diferentes afecciones desde resfriado común hasta enfermedades graves. Esas afecciones suelen cursar sintomatología respiratoria asociada a fiebre y, en casos más avanzados, pueden causar neumonía, síndrome respiratorio agudo severo, insuficiencia renal e incluso la muerte¹⁰. La manera de contagio es de persona a persona a través de secreciones de personas infectadas, principalmente por contacto directo con gotículas respiratorias y por las manos o los fómites contaminados con estas secreciones con posterior contacto con la mucosa de la boca, nariz u ojos (contacto con cara).

La descripción epidemiológica evidencia que, para el 31 de diciembre de 2019, la Comisión Municipal de Salud y Sanidad de Wuhan (China) informó casos de neumonía de etiología desconocida, con una exposición común a un mercado mayorista. Para el 7 de enero de 2020, las autoridades chinas identifican como agente etiológico del brote un nuevo tipo de virus de la familia *Coronaviridae*. Finalmente, de acuerdo a los reportes en otros países para el día 11 de marzo, la OMS la declaró como pandemia¹¹.

A partir de la visualización del contexto internacional tan complejo que ataca múltiples países y de acuerdo a las recomendaciones de expertos en Colombia el gobierno nacional adopta medidas preventivas con el fin de minimizar el riesgo de contagio

⁹ Ley 1751 de 2015.

¹⁰ <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019>

¹¹ <https://www.aemps.gob.es>

estableciendo aislamiento Preventivo Obligatorio de 19 días iniciando el 25 de marzo en todo el territorio Colombiano mediante el decreto 457 de 2020¹²; en vista del comportamiento de la pandemia a nivel nacional e internacional el número de contagios continuaba en ascenso y presumiendo que de levantar la orden de aislamiento preventivo, los casos positivos y las muertes por esta causa se dispararía considerablemente razón por la cual a través de los decretos 593 y 591 de 2020 se prolongó el aislamiento hasta las 00:00 del 11 de mayo de 2020.

Con respecto al seguimiento epidemiológico, para Colombia el primer caso confirmado se dio el 06 de marzo en la ciudad de Bogotá, tratándose de un caso importado de una persona procedente de Italia, de ahí en adelante los casos confirmados fueron aumentando a lo largo de varios departamentos encabezando la capital del país con el mayor número de casos hasta la fecha; hasta el último reporte por parte del Instituto Nacional de Salud¹³, la cantidad de contagios en el mundo es 3'130.800 de casos, nuestro país lleva 6.507 casos confirmados, de los cuales 293 personas han fallecido atribuible a esta causa, y 1.439 contagiados se han recuperado. A la fecha, el país se encuentra en una fase de mitigación donde la circulación del virus puede estar en la población en general.

De esta manera se observa el crecimiento exponencial del contagio de COVID-19 pudiendo conllevar un riesgo alto de salud pública en el país. Esta situación puede traducirse en que prontamente las personas contagiadas requieran atención médica de manera simultánea generando con probabilidad un colapso en los servicios de salud, tal como se ha presentado en otros países donde las instituciones que prestan servicios de salud se han sobrecargado debido al aumento considerable de hospitalizaciones, tanto en cuidados intermedios como en cuidados intensivos, de acuerdo a la complejidad de la patología, unido a los casos de fallecimiento¹⁴.

De acuerdo a la información emitida por las autoridades de salud e investigadores, es posible reconocer que la situación de emergencia sanitaria actual en Colombia y en el mundo entero es incierta y genera incertidumbre sobre qué va a suceder en los próximos días. A pesar de las medidas tomadas cumplidas por la mayoría de la población, existe una minoría que hace caso omiso de las directivas, lo cual provoca que sigan proliferando

¹² Decreto 457 de 2020 de 22 de marzo de 2020 en el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19 y el mantenimiento del orden público.

¹³ Reporte 30-04-2020 4:30pm emitido por el Instituto Nacional de Salud.

¹⁴ <https://espanol.cdc.gov/enes/coronavirus/2019-ncov/cases-updates/summary.html>

los casos de contagio. Sin embargo, esto no significaría que todos los casos confirmados con COVID-19 requieran una atención médica especializada, pues la mayoría de estos casos muestran un curso de patología sin complicaciones con un comportamiento no agresivo; pero en otros casos no ocurre lo mismo, por lo cual se han reportado pacientes los cuales requieren manejo en unidades de cuidados intensivo demandando medidas de soporte más avanzadas. De esta manera, no se puede dejar de lado la idea de que en los próximos días el crecimiento de casos y de demanda de atención médica aumente en las instituciones prestadoras de servicios de salud conllevando un colapso sanitario al urgir un sinnúmero de pacientes de atención de manera simultánea.

De acuerdo a lo anterior, es posible prever que el colapso en los servicios de salud puede presentarse conforme al aumento de casos confirmados por la enfermedad y la demanda de atención médica en diferentes niveles de acuerdo al comportamiento de la patología independientemente de cada persona. Esta visión se puede predecir de acuerdo a los informes de países, como Italia o España, donde el inicio del brote se presentó en los primeros meses del año y ha sido visible la problemática de sobresaturación de los servicios.

En consecuencia, la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias (SEMICYUC) se ha manifestado sobre la crisis por pandemia COVID-19 en las unidades de cuidados intensivos planteando recomendaciones éticas en la toma de decisiones por parte del personal sanitario y las instituciones de salud¹⁵. La SEMICYUC plantea la situación actual excepcional que debe ser manejada como “medicina de catástrofe”; asimismo, debemos enfocarnos en la atención basada en la justicia distributiva y asignación adecuada de recurso sanitarios mediante el establecimiento de estrategias proactivas escalonadas a través del uso de la información clínica disponible, los recursos con los que cuentan las instituciones de salud y la manera como se optimizarían en el caso de que el brote se extienda y requiera mayor demanda de los servicios de salud.

Por consiguiente, se ve necesario el deber de planear y prever situaciones caóticas que conlleven al colapso en la atención médica, todo ello con el fin de evitar el inadecuado

¹⁵ Grupo de Trabajo de Bioética de la SEMICYUC, Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemiacovid-19 en las unidades de cuidados intensivos. Disponible en www.semicyuc.or

uso de recursos disponibles, pudiendo establecer una adecuada optimización de los mismos y así lograr el gran fin de evitar muertes inadvertidas a causa de la pandemia.

Ahora bien, el conflicto ético con esta situación de emergencia sanitaria en el caso de llegar a un grave colapso de los servicios médicos es de qué manera proteger a las personas más vulnerables mientras se busca mantener un ritmo de vida y actividad económica normal. Ante esta coyuntura, los individuos más vulnerables son aquellos enfermos, el personal sanitario o personas sin recursos, por lo que las recomendaciones planteadas están enfocadas a realizar un triage¹⁶ que en el momento de no contar con muchos recursos disponibles permita la toma de decisiones de forma justa y transparente.

Igualmente es válido traer a colación en este tema los principios de la bioética: autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia. Con respecto a estos principios se puede reconocer que dentro de las recomendaciones planteadas por la SEMICYUC toman como prioridad la autonomía donde se reconoce que el criterio médico razonado y argumentado está por encima de cualquier otra recomendación planteada. Asimismo, es claro que durante la atención médica el personal sanitario busca el bienestar y no hacer el mal a sus pacientes, por lo que, adicionalmente, el principio de justicia distributiva hace referencia a la atención que se brinda de acuerdo a la asignación de recursos en una sociedad.

El sistema de salud se ha visto en la necesidad de estar dispuestos para la contingencia en el estado de emergencia sanitaria, de la misma manera su personal sanitario para fines de atención en salud al enfrentarse a COVID 19 quienes requieren que se le garantice su protección personal de tal manera que se proteja su integridad como seres humanos.

De acuerdo a esta situación el ministerio de trabajo estipula en la circular 0029 de 2020 donde se refiere a los elementos de protección personal los cuales son responsabilidad de las empresas o contratantes; y que las Administradoras de Riesgos Laborales entran a apoyar con estos elementos en los trabajadores con exposición directa a COVID – 19.

Por otra parte, es importante señalar la ley 23 de 1981 en su artículo 6 del título 2, capítulo 1, en el que: “El médico rehusará la prestación de sus servicios para actos que sean contrarios a la moral, y cuando existan condiciones que interfieran el libre y correcto ejercicio de la profesión”.

¹⁶ Triage es el criterio para la clasificación de pacientes en el servicio de urgencias el cual es de obligatorio cumplimiento por parte de los prestadores de servicios de salud que tengan habilitado este servicio

De acuerdo a este artículo sería importante resaltar que el médico podría negarse a la atención en salud en el caso en que no cuente con los elementos de protección personal adecuados por considerarse una situación que está directamente implicada con el ejercicio correcto de su profesión por considerarse un riesgo tanto para el como profesional como para el paciente.

A modo de conclusión con respecto a esta situación de emergencia sanitaria, el hecho de tener un pronóstico incierto nos conlleva a acatar las medidas establecidas de prevención, a concientizarnos para evitar el uso inadecuado de los servicios de salud, a valorar a todo el personal que en esta situación presta sus servicios a pesar del alto riesgo al que está expuesto, que los resultados menos catastróficos se consiguen solo si cada una de las personas mantienen su disciplina de cuidado, por lo cual el aislamiento preventivo con la premisa del cuidado individual se convierte en cuidado colectivo.

Conclusiones

1. La revisión teórica sobre los elementos del derecho médico ha permitido la contextualización sobre la temática estudiada, ahondar en cada elemento planteado: acto médico, relación médico-paciente, secreto profesional, historia clínica y responsabilidad médica, a partir de ahí determinar la perspectiva por parte de diferentes autores que se han pronunciado sobre cada tema, de la misma manera comprender que con el paso del tiempo los avances tecnológicos asociados a área de la salud son constantes en pro del bienestar de las personas, así mismo la normatividad avanza acorde a estos avances.

2. La relación médico-paciente está directamente relacionada con el acto médico en el que están inmersos dos actores tomando en cuenta que cada parte cumple con un papel fundamental, el médico en la obligación de prestar sus servicios a través del conocimiento científico específico guiado por preceptos técnicos, morales y legales con el propósito de contribuir en el bienestar del paciente, y la otra parte en calidad de paciente obligado al cumplimiento de las recomendaciones emitidas y el autocuidado.

Es necesario tener siempre en consideración que el personal médico incluso todo el personal sanitario no actúa de manera individual si no que detrás de cada actuar se encuentra con procesos administrativos, financieros dirigidos por las instituciones de salud donde prestan sus servicios, de ahí la importancia de que todo lo relacionado con la actividad médica requiere de la interacción permanente entre todos los entes involucrados y por ende en el caso de haber un error durante la actividad médica será necesario de la evaluación en cada sector implicado.

3. Una vez se ha estudiado cada uno de los elementos del derecho médico expuestos se ha podido identificar cuál de ellos hay mayor susceptibilidad para presentar fallas en la atención en salud, tomando principalmente la relación médico-paciente durante el acto médico como elemento donde se ha evidenciado importantes errores y por ende aumento en procesos jurídicos en contra del personal sanitario, estas fallas más específicamente por la falta de información,

el no cumplimiento de protocolos y la falta de experticia en el actuar médico. De esta forma es posible precisar que la manera mejorar está en el cumplimiento del deber ser fundamentado en la atención humanizada, la seguridad del paciente y el bienestar del ser humano.

De esta manera se trata de que quien está involucrado directa o indirectamente con la atención en salud haga sus actividades de acuerdo a la *lex artis*, guiado por protocolos y regidos por normas éticas y legales con el propósito de evitar daños y así mismo evitar futuros procesos jurídico - éticos a razón del no cumplimiento del deber ser.

4. En la actualidad cobra importancia referirse sobre la emergencia sanitaria por la cual muchos países del mundo están atravesando : pandemia por COVID 19, la cual hasta el momento ha cobrado miles de contagios y de igual manera miles de muertes a nivel internacional, con respecto a nuestro país en Colombia los contagios han crecido de manera exponencial y de igual manera el número de muertes, evidenciando que esta enfermedad no discrimina ningún tipo de condición sociodemográfica; de esta manera las medidas que hasta la fecha se han implementado han sido con enfoque preventivo como el aislamiento obligatorio, buscando a través de la participación tanto del gobierno nacional y la ciudadanía se evite a futuro el colapso del sistema de salud.

Bibliografía

Amaya, J. (2018). *Responsabilidad penal por el ejercicio de la profesión médica en Colombia*, (Trabajo de Grado). Universidad Católica de Colombia. Facultad de derecho. Bogotá, Colombia. Disponible en: <https://bit.ly/2KNbE20>.

Beauchamp, T y Childress, J. (1994). *Principles of Biomedical Ethics*. Oxford University. Press Inc: Edición: 4th Revised edition.

Berenguer, N., Arroyo, J., Berenguer, M. (2009). Algunos preceptos y disposiciones de la teoría general del derecho médico. (En línea). *Medisan*, 13 (4), 44-45. Disponible en: <https://bit.ly/2V5v2uZ>.

Bohórquez, F. (2004). El dialogo como mediador de la relación médico – paciente una perspectiva pedagógica en la educación médica. (En línea). *Rev. Fac. Cienc. Salud. Univ. Cauca*, 6 (3), 25-33. Disponible en: <https://bit.ly/2FfvLzn>.

Bunge M. (1983) *La investigación científica*. (en línea). Barcelona: Ed. Ariel; 1983. 7. Disponible en: <https://bit.ly/2bD1oIE>.

Colombia, Procuraduría General de la Nación. (11 de abril de 2019). Constitución política de Colombia. (en línea). 2ª ed. Disponible en: <https://bit.ly/2y3VjOZ>.

El congreso de Colombia. (10 de enero de 1990). Ley 10 de 1990. Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones. [Ley 10 de 1990]. (en línea). DO: 39137. Disponible en: <https://bit.ly/2xtsTwM>.

El congreso de Colombia. (16 de febrero de 2015). Ley 1751 de 2015. Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. [Ley 1752 de 2015]. (en línea). DO: 49.427. Disponible en: <https://bit.ly/2VUQtPX>.

El congreso de Colombia. (18 de febrero de 1981). Ley 23 de 1981. Por la cual se dictan normas en materia de ética médica. [Ley 23 de 1981]. (en línea). DO: 35.711. Disponible en: <https://bit.ly/2Fn4Hli>.

Gutierrez, D. (2020). Manual de Derecho médico y sus aplicaciones. POEMIA editorial.

Guzmán F., Arias C., (2012,) La historia clínica: elemento fundamental del acto médico. *Rev. Colomb Cir.* 2012;27:15-24. Disponible en: <https://bit.ly/2Q7Lgxq>.

Guzmán, F., Franco, E., Morales, M., Mendoza, J. (1994). El acto médico. Implicaciones éticas y legales. (En línea). *Acta médica Colombiana*, 19 (3), 139-149. Disponible en: <https://bit.ly/2KNwiix>.

Hernández, R., Fernández, C., Baptista, M. (2014). *Metodología de la investigación*. Sexta edición. Disponible en: <https://bit.ly/2KuIRKo>.

Lachica E. (2012). El secreto médico y el consentimiento informado en los informes periciales. (En línea). *Cuadernos de Medicina Forense*, 21, 30-36. Disponible en: <https://bit.ly/2jZDqeU>.

Lazo, A. (2000). Derecho Médico, Medicina y Justicia. (En línea). *Rev Med Hond*, 68 (2), 74-75. Disponible en: <https://bit.ly/2XkvkLZ>.

Legarda, I., Henao, L. (2011). El consentimiento informado en la relación médico paciente en la ciudad de Medellín: análisis jurisprudencial. (En línea). *Digital*. Disponible en: <https://bit.ly/2ZiH3MX>.

Lopez, C. (2000). Obligaciones de medios y resultados. Revista de la Facultad de Derecho, ISSN 0797-8316, N°. 18, 2000, págs. 97-132

Ministerio de educación. (3 de agosto de 1994). Decreto 1875 de 1994. Por el cual se reglamenta el registro de los títulos en el área de la salud, expedidos por las Instituciones de Educación superior. [Decreto 1875 de 1994]. (en línea). DO: 41.480. Disponible en: <https://bit.ly/2WHxuW3>.

Ministerio de salud pública. (6 de marzo de 1992). Decreto 412 de 1992. Por el cual se reglamenta parcialmente los servicios de urgencias y se dictan otras disposiciones. [Decreto 412 de 1992]. (En línea). DO: 40.368. Disponible en: <https://bit.ly/2G69FC7>.

Ministerio de salud. (8 de julio de 1999). Resolución 1995 de 1999. Por la cual se establecen normas para el manejo de la Historia Clínica. [Resolución 1995 de 1999]. (En línea). Disponible en: <https://bit.ly/2sCaehG>.

Obando, B. (2016). *Bioderecho Derecho Médico y Responsabilidad médica*. 2ª ed. Medellín: Librería jurídica Sánchez R. Ltda.

Patiño, J. (2005), Juramento hipocrático. *Rev. Colomb. Cir.* 20 (2).

Popper KR. (1992). *El conocimiento objetivo*. Madrid: Ed. Tecno S.A. disponible en: <https://bit.ly/2pnzZ4h>

Ramírez, A. (2009) La teoría del conocimiento en investigación científica: una visión actual. *An Fac med.* 2009; 70 (3): 217-224. Disponible en: <https://bit.ly/2nNzNKU>.

Rodríguez, H. (2001). Los aspectos críticos de la responsabilidad médica y su prevención. (en línea). *Rev. Med Uruguay*. 17: 17-23. Disponible en: <https://bit.ly/32wciFL>.

Ruiz, W. (2004). La responsabilidad médica en Colombia. *Criterio Jurídico*. 4 (1). 195-216. ISSN 1657-3978.

Sanchez, J., Taype, A. (2018). Evolución del Juramento Hipocrático: ¿Qué ha cambiado y por qué? *Rev. Méd. Chile* 146 (12).

Santos, I., Ortiz, E., Ruiz R. (2016). Las cargas probatorias en la responsabilidad civil médica a partir de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Disponible en línea: <http://dx.doi.org/10.16925/di.v18i23.1291>

Siurana, J. (2010) Los principios de la bioética y el surgimiento de una bioética intercultural. (En línea). *Veritas*, (22). 121-157. Disponible en: <https://bit.ly/30bqPFK>

Valencia, G. (2001). La lex artis. (En línea). *Revista Médico Legal*. 30 (1), 21-25. Disponible en: <https://bit.ly/2WEuji1>.

Vera, O. (2013). Aspectos éticos y legales en el acto médico. (En línea). *Rev Med La Paz*, 19(2), 73-82. Disponible en: <https://bit.ly/2vWXNvu>.