

Principia IURIS

12



Facultad de
Derecho

Principia IURIS	Tunja Colombia	N° 12	pp. 1 - 262	julio diciembre	2009	ISSN: 0124-2067
-----------------	-------------------	-------	-------------	--------------------	------	-----------------



Centro de Investigaciones Socio-Juridicas
Universidad Santo Tomás - Seccional Tunja



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

T U N J A
Experiencia y Calidad

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS, SECCIONAL TUNJA
FACULTAD DE DERECHO

REVISTA DE DERECHO
PRINCIPIA IURIS
No. 12

Tunja, 2009-2

Principia Iuris	Tunja, Colombia	No. 12	pp. 1 - 262	Julio Diciembre	2009	ISSN: 0124-2067
--------------------	--------------------	--------	-------------	--------------------	------	-----------------

Entidad Editora

Universidad Santo Tomás, Seccional
Tunja

Director

Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina

Editor

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez

Número de la revista

DOCE (12)
SEGUNDO SEMESTRE DE 2009

Periodicidad

SEMESTRAL

ISSN

0124-2067

Dirección postal

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia.

Teléfono

(8) 7440404 Ext. 1024

Correo electrónico

revistaderecho@ustatunja.edu.co
dhiguera@ustatunja.edu.co

Diseñador Portada: Santiago Suárez

Corrección de Estilo: Mg. Santiago Bordamalo
Echeverría, Dpto. de Humanidades

Revisión inglés: Carlos Manuel Araque López

Estudiantes Colaboradoras: María Alejandra
Orjuela Ramírez, Jennifer Ayala Toca,
Anderson J. Sánchez y Nancy Sánchez

Anotación: El contenido de los Artículos es
responsabilidad exclusiva de sus autores,
hecho el depósito legal.

DIRECTIVAS INSTITUCIÓN

Fray Luis Alberto Orozco Arcila, O.P.
Rector Seccional

Fray Tiberio Polanía Ramírez, O.P.
Vicerrector Académico

Fray Erico Juan Macchi Céspedes, O.P.
Vicerrector Administrativo y Financiero

Fray Luis Antonio Alfonso Vargas, O.P.
Decano de División

COMITÉ CIENTÍFICO

Ph.D. Pierre Subra de Biesses
Universidad Paris X, Francia

Mg. Galo Christian Numpaque Acosta
Director Centro de Investigaciones

Ph.D. Pablo Guadarrama
Universidad Central de las Villas, Cuba

Ph.D. Carlos Mario Molina Betancur
Universidad Santo Tomás, Colombia

Ph.D. Ricardo Rivero
Universidad de Salamanca, España

COMITÉ EDITORIAL SECCIONAL

Fray Tiberio Polanía Ramírez, O.P.
Vicerrector Académico.

Mg. Galo Christian Numpaque Acosta.
Director Centro de Investigaciones.

Mg. Andrea Sotelo Carreño.
Directora Departamento de
Comunicaciones y Mercadeo.

COMITÉ EDITORIAL FACULTAD

Ph.D. Ana Yazmín Torres Torres
Universidad Carlos III, España.

Ph.D. Yolanda M. Guerra García
Madison University, Estados Unidos.

C. Ph.D. Gloria Yaneth Vélez Pérez
Universidad de Medellín, Colombia

C. Ph.D. Juan Ángel Serrano Escalera
Universidad Carlos III, España.

PARES ACADÉMICOS INTERNOS

Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina.
Decano de Facultad de Derecho

Ph.D. Ana Yazmín Torres Torres
Docente Investigadora Facultad de
Derecho

Mg. Robinson Arí Cárdenas Sierra
Docente investigador Facultad de
Derecho

Mg. Jorge Enrique Patiño Rojas
Docente investigador Facultad de
Derecho

Esp. Carlos Gabriel Salazar Cáceres.
Docente investigador Facultad de
Derecho

Esp. Álvaro Bertel Oviedo
Docente investigador Facultad de
Derecho

Esp. Yenny Carolina Ochoa Suárez.
Secretaria de División

PARES ACADÉMICOS EXTERNOS

Mg. Robinson Sanabria.
Docente Universidad Libre de Colombia

C. Ph.D. Fabio Iván Rey Navas
Docente investigador Facultad de
Derecho Universidad Pedagógica y Tecnológica
de Colombia

C. Ph.D. Gloria Yaneth Vélez Pérez
Coordinadora de Investigación
Universidad de Medellín.

Esp. Jaime Fayath Rodríguez Ruiz
Gobernación de Boyacá.

CONTENIDO

Editorial 9

Presentación 11

Sección I. Artículos de producción institucional.

Conceptos sobre la responsabilidad estatal: una aproximación a la
responsabilidad del Estado por actos terroristas 15
Yolanda M. Guerra García.

El derecho de marcas frente a las infracciones al derecho
de la competencia..... 35
Fernando Arias García.

Hacia un nuevo modelo de enseñanza exitosa: dogmatización
fallida del derecho 49
Germán Bernal Camacho y María Fernanda Murillo Delgadillo.

Ecología intelectual, del sitio de producción de la teoría
pura del derecho 59
Carlos Alberto Pérez Gil.

Derechos del enfermo derivados del consentimiento informado 75
Enrique López Camargo.

Estudio integrado de la legitimidad en la Corte Constitucional
colombiana 91
Diego Mauricio Higuera Jiménez.

Principia Iuris	Tunja, Colombia	No. 12	pp. 1 - 262	Julio Diciembre	2009	ISSN: 0124-2067
--------------------	--------------------	--------	-------------	--------------------	------	-----------------

Sección II. Tema Central –Punición, Análisis críticos.

El principio de igualdad de armas en el sistema procesal penal colombiano a partir del acto legislativo 03 de 2002	121
Alfonso Daza González.	
Contravenciones comunes de policía en Colombia	147
Luís Enrique Rodríguez Gómez.	
Breve historia de la cárcel	159
Carlos Gabriel Salazar Cáceres.	
Concepciones y prácticas sobre la enfermedad mental en Colombia. Siglos XVI al XXI	177
Fabián Leonardo Benavides Silva.	
El derecho humano al agua y las garantías para su realización	203
Alfonso Daza González.	

Sección III. Temáticas Internacionales, Extranjeras y Comparadas.

Manifestaciones del principio acusatorio: exégesis de la ley de enjuiciamiento criminal en España	231
Juan Ángel Serrano Escalera	

CONTENTS

Editorial	9
Presentation	11
 Part I. Articles of institutional production	
Concepts of state responsibility: an approach to state responsibility for terrorist acts	15
Yolanda M. Guerra García.	
Trademark law against infringements of competition law	35
Fernando Arias Garcia	
Towards a new model of successful teaching: failed dogmatization law	49
German Bernal Camacho and Maria Fernanda Murillo Delgadillo.	
Intellectual ecology production site of the pure theory of law	59
Carlos Alberto Pérez Gil.	
Rights of patient informed consent from	75
Enrique López Camargo.	
Integrated study of legitimacy in the Colombian Constitutional Court	91
Diego Mauricio Higuera Jimenez	

Part II. Central topic-punishment, Critical Analysis.

The principle of equality of arms in the Colombian criminal justice system from legislation in March 2002 121
González Alfonso Daza.

Common Violations police in Colombia 147
Luis Enrique Rodríguez Gómez.

Brief history of the prison 159
Carlos Gabriel Salazar Cáceres.

Concepts and practices of mental illness in Colombia. XVI to XXI.... 177
Fabian Benavides Leonardo Silva.

The human right to water and due for completion 203
González Alfonso Daza.

Part III. - International, Foreign and Compared subject matters.

Manifestations of the adversarial principle: exegesis of the Criminal Procedure Law in Spain 231
Juan Angel Serrano Escalera

EDITORIAL

Desde hace varios años, cuando el Doctor **Ciro Nolberto Güechá Medina** asumió la dirección de la revista institucional de la Facultad de Derecho, **PRINCIPIA IURIS**, se planteó como meta producir una publicación periódica que cumpliera con todos los parámetros de alta calidad; fue así como se constituyó un comité editorial con profundos conocimientos en resultados jurídicos, se instituyó un comité científico con personalidades académicas altamente reconocidas, se encargó a un editor concreto del impulso de la revista y se formalizó el perfil investigativo y científico de la revista, lo cual ha sido posible, en gran medida, gracias al rigor jurídico y la postura constructiva de los pares académicos especializados, quienes han marcado una pauta de calidad y una guía a los escritores. En desarrollo de estos planes consideramos que actualmente la **PRINCIPIA IURIS** se ha convertido en un espacio idóneo para la presentación de productos y divulgaciones resultados de diversos proyectos de investigación.

Esto no habría sido posible sin el compromiso de todos los escritores, quienes han plasmado lo mejor de su inteligencia y dedicación en estos espacios; en primer lugar, cabe elogiar su formalidad, notoria en la utilización de un sistema unificado de citación, la presentación con referencias en otros idiomas (inglés y francés, particularmente) y el cumplimiento oportuno de los términos editoriales.

Pero más aún, es importante resaltar el compromiso de fondo en la producción de los escritos institucionales, al tratarse de una Casa de Estudios consciente de su filosofía humanista, los miembros del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, se han visto abocados a una actitud que permita integrar la pedagogía y la investigación con miras a la proyección social, lo cual se busca en concreto

mediante una vocación creadora de la forma más valiosa que conoce la Academia, en el espíritu de otros.

PRINCIPIA IURIS Número 12 presenta como tema central: «Punición, Análisis críticos» como resultado de la línea de investigación en Derecho Humanos, Derecho Penal y Procesal Penal, esperando contribuir al debate de esta depurada e importante rama del derecho. Sabemos que aún tenemos mucho que recorrer con miras al continuo mejoramiento y construcción de ciencia jurídica; en este orden de ideas invitamos a la comunidad académica a participar en la próxima edición de nuestra revista cuyo tema central será; «Problemáticas contemporáneas respecto de las relaciones con el Estado».

Diego Mauricio Higuera Jiménez
Editor

PRESENTACIÓN

Con agrado la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, da a conocer a la comunidad académica, jurídica e intelectual en general, la presente edición de nuestra publicación institucional **PRINCIPIA IURIS Número 12**, cuyo tema central es «*Punición, Análisis críticos*», como resultado de los avances obtenidos por nuestra Línea de Investigación en Filosofía Institucional y del Derecho.

Desde su nacimiento en el siglo XVII, el derecho penal como ciencia específica del derecho ha mostrado un considerable avance en términos de depuración teórica y humanización del derecho, las cláusulas de derechos intangibles, debido proceso y los fines de las penas, son apenas unos ejemplos; sin embargo, en Colombia la tragedia de la violación de los derechos humanos y los indignantes niveles de impunidad (98.5% según informes de la Naciones Unidas) nos obligan, en desarrollo de nuestros compromisos intelectuales, a fortalecer esta rama del derecho.

En la primera sección, referente a artículos de producción institucional, se desarrollan temas de responsabilidad del Estado por actos terroristas, la aparente tensión entre el derecho de marcas y las infracciones al derecho de la competencia, la dogmatización fallida del derecho, el ambiente intelectual de la teoría pura del derecho, los derechos derivados del consentimiento informado en actividades médicas y la legitimidad en la Corte Constitucional colombiana,

Posteriormente, entramos a desarrollar nuestro tema central «*Punición, Análisis críticos*», examinando en primer lugar algunas tendencias de orden procesal con los artículos sobre «El principio de igualdad de armas en el sistema procesal

penal colombiano a partir del acto legislativo 03 de 2002 y «Contravenciones comunes de policía en Colombia», para posteriormente hacer una referencia histórica con los escritos sobre «Breve historia de la cárcel» y «Concepciones y prácticas sobre la enfermedad mental en Colombia. Siglos XVI al XXI» para concluir con una referencia a los derechos humanos, en concreto con el trabajo titulado «El derecho humano al agua y las garantías para su realización».

Finalmente, en la sección tercera, relativa a Temáticas Internacionales, Extranjeras y Comparadas, presentamos el artículo titulado «Manifestaciones del principio acusatorio: exégesis de la ley de enjuiciamiento criminal en España» como resultado del convenio suscrito entre la Universidad Carlos III de Madrid y nuestra Alma Mater. Esperamos con estos trabajos contribuir al desarrollo de tan importante rama del Derecho.

**Fray Luis Antonio Alfonso Vargas, O.P.
Decano de División Facultad de Derecho**

SECCIÓN I: ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL.

PART I: RESEARCH ARTICLES. SANTO TOMÁS UNIVERSITY.

DERECHOS DEL ENFERMO DERIVADOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

PATIENT RIGHTS DERIVED FROM THE INFORMED CONSENT

*Enrique López Camargo**

Fecha de entrega: 04-07-2009
Fecha de aprobación 17-11-2009

RESUMEN**

Lo novedoso surgido en bioética médica tiene que ver con la inclusión del concepto consentimiento informado, expresado bajo la autonomía del paciente y que está regulado en todos los países del mundo y no ajeno a la legislación colombiana, con la adopción rigurosa de los protocolos médicos que se plantea a la luz de los decretos derivados de la emergencia social. Igualmente, se plantea el aporte jurídico a la actividad médica, como es la aparición consecuente y necesaria de algunos Derechos Fundamentales que deben respetarse en los pacientes: el derecho a la salud y la vida, el derecho a la autodeterminación, el derecho a la libertad religiosa y de conciencia; el derecho al cambio de tratamiento; el derecho a la intimidad personal y el derecho a morir con dignidad, entre otros.

PALABRAS CLAVE

Actividad médica, Consentimiento Informado, Derechos, Salud, medicina, Protocolos, Autodeterminación, Paciente,

* Mg.(e) en Derecho Administrativo, Docente USTA Tunja; enriquelopezc8@hotmail.com

** Artículo de investigación científica, producto del proyecto de investigación para optar el título de Magister en Derecho Administrativo.

ABSTRACT

The latest in medical bioethics is concerned with the inclusion of the concept of informed consent, expressed under the patient's autonomy, regulated in all over the world and no stranger to Colombian law, adopting strict medical protocols arisen in the light of the decrees from the social emergency. As well, the legal support for the medical activity, as it is the consequent and necessary occurrence

of certain fundamental rights to be observed in patients: the right to health and life, the right to self determination, the right to religious freedom and conscience, the right to change of treatment, the right to personal privacy and the right to die with dignity, among others.

KEY WORDS

Medical activity, informed consent, rights, health, medicine, protocols, self-determination, patient.

1. INTRODUCCIÓN

La doctrina y la jurisprudencia moderna, han sostenido, la teoría del **consentimiento informado**, mediante el cual el paciente recibe de parte del médico una información precisa, clara y suficiente para que aquél decida de manera autónoma y libre someterse a un tratamiento médico, terapéutico o quirúrgico. Esta información le permitirá aceptar o rechazar los procedimientos, ya que ella adquiere especial importancia, como actividad preventiva del galeno, así como trascendencia probatoria, si tiempo después de la intervención, se llegare a presentar una situación sobreviniente que derivare algún daño.

Los médicos y doctrinantes, doctores Juan Pablo Barreneche y Julio César Galán Cortes, coinciden en manifestar que: «el consentimiento informado es el fruto del paso de beneficencia a

autonomía, y una de las máximas aportaciones que el derecho ha hecho a la medicina»,

Desde el surgimiento del *consentimiento informado* en 1957, se viene dando la importancia necesaria al principio de la autonomía del paciente, quien en virtud de este delega en el médico la responsabilidad de su tratamiento, dándose así un giro de 180 grados en la neoética médica, que de la esfera de lo personal se transporta a lo social, en razón de que este consentimiento muchas veces es otorgado por sus familiares y parientes cercanos, a lo que se conoce como el consentimiento sustituto. Este principio y derecho a la vez que tiene el paciente a la libre autodeterminación, contempla la posibilidad de retirar el consentimiento de forma libre cuando este así lo solicite, previo el diligenciamiento de los protocolos médicos necesarios.

En Colombia la legislación correspondiente, ha reglamentado tímidamente sobre ética médica en la ley 23 de 1981 (código de ética médica); por manera de ejemplo el artículo 15 de la citada ley precisa lo siguiente: «el médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física y psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente», y no se precisó nada sobre la autodeterminación del paciente; sin embargo, el decreto 3380 reglamentario de la ley 23 de 1981 sí contempla al respecto lo siguiente: «el médico respetará la libertad del enfermo para prescindir de sus servicios, siempre y cuando el paciente tenga capacidad de manifestar su libre albedrío» .

A la luz de la declaratoria de *emergencia social*, decretada por el gobierno nacional de Colombia en diciembre de 2009, se limitó injustificadamente la autonomía del médico, para formular un medicamento no POS o adelantar un tratamiento en enfermedades excepcionales, pero se enfatizó sobre el consentimiento informado y la autonomía del paciente en los siguientes términos: *Cuando un paciente adulto, consciente y mentalmente competente o el legitimado*

para dar el consentimiento por él mismo, se niega a aceptar las recomendaciones formuladas por los profesionales médicos y odontólogos en observancia de los estándares, estos deben respetar la primacía de la autonomía del paciente, y así lo expresarán en la declaración de consentimiento informado en los términos que fije el Ministerio de Protección Social para tal fin. (Decreto 131 de 2010).

Ahora bien, del consentimiento informado se deriva una serie de derechos tales como el derecho a la salud y la vida, el derecho a la autodeterminación, el derecho a la libertad religiosa y de conciencia; el derecho al cambio de tratamiento o medicamento; el derecho a la intimidad y el derecho a morir con dignidad entre otros, los cuales le son inherentes a un paciente, y de los que puede hacer uso, ya se trate por cuestiones de fe y conciencia, o porque se busque un bienestar propio o ya por principios de dignidad humana, que no admite su desconocimiento.

El paciente en principio goza del pleno derecho de su autonomía para tomar determinaciones en torno a su estado de salud, desconocerlo podría generar alguna responsabilidad por la prestación del servicio médico, y corresponde asumirla a la entidad tal como lo prevé la Constitución Política. La carga de la prueba, en esta clase de

procesos, incumbe a las partes, tal como lo establece el Art. 177 del C.P.C., pero en grado especial será el médico quien tendrá que probar, que proveyó la información necesaria, oportuna y clara a su paciente, sobre su estado de salud, y las consecuencias que se generarían por su tratamiento lo que lo llevaría finalmente a confiar en su médico y expresar con plena madurez y libremente su voluntad.

2. DERECHOS DERIVADOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Lo novedoso surgido en bioética médica tiene que ver con la gama de derechos derivados del consentimiento informado, algunos de estos tímidamente planteados en la legislación colombiana, a pesar de la aparente rigurosidad con que se tramitan los protocolos médicos. En tal sentido existe un amplio tratamiento jurisprudencial de parte de las altas cortes colombianas, que permiten comprender mejor las situaciones que se presentan en el contexto nacional. Igualmente se plantea el aporte jurídico de origen constitucional a la actividad médica, como lo es la aparición consecuente y necesaria de algunos derechos fundamentales que deben respetarse a los pacientes. El derecho a la salud y la vida, el derecho a la autodeterminación, el derecho a la libertad religiosa y de conciencia; el derecho al cambio de tratamiento y de profesional de al salud; el derecho a la

intimidad y el derecho a morir con dignidad, entre otros.

2.1.- El derecho a la autodeterminación:

El término *autonomía* se deriva del griego *autos* que significa «propio» y *nomos* que traduce «reglas», «autoridad» o «ley» y se utilizó con el propósito de referenciar el autogobierno y la autorregulación de las ciudades-estados helénicas. A su turno, el diccionario jurídico *Espasa* precisa: «es el derecho de los pueblos a disponer de sí mismos». Desde entonces, el término ha tenido una gran connotación en su aplicación a las personas que hacen el ejercicio de derechos tales como la libertad con responsabilidad y la toma de decisiones que implique el compromiso de la voluntad sin coacción¹. Dicho esto, las decisiones autónomas, se analizan a partir de sus agentes, quienes lo harán así: intencionalmente, con conocimiento de la situación y lejos de influencias externas que pretendan controlar y decidir sobre los actos, no sin advertir que la autonomía no tiene el carácter de absoluta.

El profesor y tratadista De Castro² establece que la autonomía privada es el poder de autodeterminación de la persona y lo define en los siguientes términos: «aquél poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como su-

¹ Principio de ética biomédica que establece la libertad y autonomía que tiene el paciente a tomar las decisiones que más convengan en torno a su salud.

² El connotado tratadista español considera que el enfermo está prevalido de un poder de decisión, muy complejo por demás, pero no ajeno a los adelantos jurídicos que en materia de salud están imperando.

jeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social». De lo preceptuado por el citado jurista, se presenta una estrecha relación con lo establecido en el Código Civil Español en cuanto tiene que ver con el principio de la personalidad que se sustrae al derecho subjetivo y la autonomía privada, respectivamente.

El principio de la autodeterminación lo hemos venido tratando en la parte inicial del presente escrito, pero se hace necesario precisar o ahondar en otros aspectos no menos importantes. El tratadista Máx. Charlesworth³, plantea lo siguiente respecto del consentimiento y autonomía: «El derecho a la autonomía o autodeterminación es de hecho el fundamento de todos los demás derechos humanos ya que no tendría ningún sentido hablar de «derechos» a no ser que seamos capaces de decidir por nosotros mismos y ser responsables de nuestra vida».

El principio autonomista propende por el respeto a las decisiones libres y voluntarias de los pacientes, aun aceptando aquellas que en un momento dado pongan en riesgo su salud e incluso la muerte, llevando a este a

decidir con excesivo individualismo, en detrimento de la obligación natural que cobija al médico cual es la de procurar la mejoría o curación del paciente⁴. El respeto al principio de la autonomía lleva consigo la inobjetable obligación de no intervención en los asuntos de los pacientes, sino también la de asegurar las condiciones necesarias para que su elección sea autónoma. Por el contrario, no respetar la autonomía personal es ignorar, desconocer o contravenir las decisiones que «libremente» se desean tomar para su propio beneficio.

Es menester precisar que la corriente autonomista surge en contraposición a la corriente paternalista o asistencialista y que la Constitución política de Colombia de 1991 recoge al contemplar la concertación del médico con el paciente sobre el tratamiento que se la va a ofrecer. «Esta relación tiene dos componentes, uno de carácter técnico-científico y otro de carácter volitivo. El primero comprende el conocimiento, la experiencia y el buen juicio del galeno, mientras que en el segundo está expresada la voluntad del paciente, preservando de esta manera la autodeterminación y la dignidad humana»⁵.

«El principio de respeto a la autonomía puede formularse de manera negativa así: *las acciones autonomías no deber*

³ De acuerdo con Charlesworth la autodeterminación es la corteza de la que se derivan los demás Derechos Fundamentales; una persona que carece de la autonomía para tomar determinaciones, tendría limitados todos los demás derechos.

⁴ Según los tratadistas FRANCO ZULOAGA y AGUDELO YEPES no están totalmente de acuerdo que el paciente tome determinaciones que contraríen la autonomía del galeno bien para formular, bien para tratar, pues, en ocasiones éstas pueden ser contrarias a su salud, llevándolo a enfrentar riesgos innecesarios.

⁵ El paternalismo y el asistencialismo médico ejercido sobre el paciente durante muchos años, sufren un serio revés con la aparición de consentimiento informado, que le permite al paciente decidir autónomamente sobre muchos aspectos de su salud.

*ser controladas ni limitadas por otros. Este principio plantea una obligación amplia y abstracta que no permite cláusulas de excepción, a título de ejemplo se puede precisar: «debemos respetar los puntos de vista y derechos de las personas, siempre que sus ideas y acciones no supongan un grave perjuicio para otros. De esta obligación deriva el derecho a la autodeterminación, que defiende una serie de derechos de autonomía, incluyendo los de confidencialidad e intimidad».*⁶

Así mismo, la autonomía puede ser considerada de forma positiva, lo que implica ser respetuoso, además de ofrecer la información y favorecer la toma de decisiones autónomas. Cooperación entre las partes comprometidas es el elemento esencial a destacar, lo que de suyo se deriva en la interrelación, logrando así por parte del médico una mayor comprensión tanto del enfermo como de su tratamiento curativo⁷.

En el ordenamiento constitucional colombiano, también se debe tener en cuenta el aspecto que nos ocupa y que está prescrito en el artículo 16 de dicho normativo conocido como «*el derecho al libre desarrollo de la personalidad*», principio del cual la Corte Cons-

titucional⁸ se ha ocupado en los siguientes términos: «.....*el derecho al libre desarrollo o desenvolvimiento de la personalidad o de libertad de opción y de toma de decisiones de la persona, ejercido dentro del marco de los respetos de los derechos de los demás y el orden jurídico, es un derecho constitucional fundamental pues no sólo así se encuentra consagrado en el artículo 16 de la constitución política, el cual hace parte del capítulo I, el título II denominado de los derechos fundamentales....En cuanto coartan a la libertad que posee «X» de decidir si se somete o no a un tratamiento médico y las modalidades del mismo, e interfieren indebidamente la potestad de autodeterminarse, conforme a su propio arbitrio dentro de los límites permitidos, en lo relativo a lo que en su juicio es más conveniente para preservar su salud y asegurar una especial calidad de vida*» .

Gherzi⁹, a su turno; precisa lo siguiente sobre las decisiones autónomas de las personas:» *los seres humanos tienen la capacidad de elegir racionalmente y actuar de acuerdo a sus convicciones. Ello debe ser respetado y dicho respeto se manifiesta cuando uno toma en cuenta las opiniones y decisiones de las personas autónomas, absteniéndose de interferir en su elección siempre que no*

⁶ El Principio de autodeterminación tiene límites para el paciente, en los casos que a partir de este ponga en riesgo su salud o su vida.

⁷ El médico debe lograr un máximo de comprensión a la situación del enfermo, solo así y mediante la empatía de las partes se logrará el resultado esperado: mejorar la salud de una persona.

⁸ La libre autodeterminación del paciente, con los límites establecidos va encaminada a proteger el derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad.

⁹ Al decir de GHERZI, la decisión autónoma, sólo permite la intervención de médico cuando esta vaya en contra de la salud del paciente o se cause daño a los demás.

perjudiquen a terceros. Acto seguido plantea que la autonomía debe cumplir con los siguientes tres requisitos: a) una acción autónoma no debe ser forzada, b) implica tener opciones reales y c) debe poseer toda la información relevante»

2.2.- Límites a la autonomía de la libertad

Como ya lo mencionamos, la autonomía no tiene el carácter absoluto, muy a pesar de que quien tome una decisión autónoma, lo haga con plenas facultades y juicio. Veamos las principales limitantes existentes:

*Capacidad de las personas: bien tomar una decisión; corresponderá en tal sentido a su representante legal obrar de conformidad, sin que dicha decisión ponga en grave riesgo su salud o la vida misma. De igual forma ha de predicarse ésta de aquellas personas que padecen trastorno mental, trátase de niño o adulto *«que por razones orgánicas o no presenta alteración en su pensamiento, afecto, juicio, raciocinio y conducta que le impide su libre autodeterminación y el adecuado desarrollo de relaciones interpersonales y vida en comunidad, ya sea en forma temporal o definitiva»*¹⁰ o de quienes a pesar de su mayoría de edad no están en condiciones físico-mentales, V.g. los autistas, personas con síndrome de down o cualquier otro tipo de enfermedad relacionada con daño cerebral o neuronal grave para decidir autónomamente, y será el galeno en

compañía de sus familiares o representante legal los llamados a decidir cuál es el tratamiento aconsejable a seguir.

*Las leyes existentes: Tomar una decisión que atente contra su propia vida o la de su representado está expresamente prohibido en Colombia, tal como se desprende del mandato constitucional contenido en el artículo 11º: «el derecho a la vida es inviolable...»

De esta afirmación se desprende la protección de un valor esencial que tiene inusitada importancia incluso desde el momento de la concepción y esto incluye la protección del nacidurus, frente a quien la madre no puede tomar determinaciones que atenten contra su integridad y por lo cual sea necesario hacer una imputación jurídica sobre su conducta. Sin embargo, es preciso destacar que la Corte Constitucional en sentencia C-355 de 2006 despenalizó el aborto en el evento de presentarse estas tres situaciones: a) Caso de violación, b) Cuando la vida de la madre se encuentre en peligro de muerte y c) por malformaciones del que está por nacer. Especial atención merece la referencia a grupos indígenas del sur de Colombia, que basados en su filosofía de vida, mitos y patrones culturales practican en las niñas la extirpación del clítoris para prevenir posibles infidelidades y privan de la vida a recién nacidos que presentan problemas físico-mentales demasiado evidentes y

¹⁰ Especial cuidado se debe tener con pacientes que padecen ciertas enfermedades que afectan la capacidad cognitiva y de decisión ha sostenido la Corte Constitucional Colombiana.

que se traduciría en la degeneración cultural.

La moral y buenas costumbres: La donación de órganos, sangre, espermatozoides y óvulos en vida del donante implica la exclusión absoluta de valor pecuniario alguno, por lo tanto el orden moral se verá seriamente quebrantado cuando un paciente pretenda consentir la extracción de órganos de su cuerpo con fines netamente mercantilistas. En igual situación se encontraría aquella persona que pretenda el cambio de sexo por conveniencia social o por razones de moda, así como también la notoria transformación de su rostro por evadir responsabilidades de orden legal o atender preceptos religiosos o imposiciones de grupos sociales severamente cuestionados; de la misma manera que lo hace quien solicita al galeno la extracción de alguna parte de su cuerpo para facilitar las prácticas sadomasoquistas, manifestar pertenencia a grupos o sectas religiosas contradictoras del orden socio-cultural y ejercitar comportamientos públicos inmorales maximizados a través de publicidad mediática.

2.3.- El derecho a la libertad religiosa y de conciencia.

Muy seguramente es motivo de extrañeza, que cuando un paciente acuda a una EPS, ya se trate por consulta externa o bien por remisión al galeno especialista, el dependiente de la institución le pregunte sobre su

confesión religiosa; esta situación solo busca identificar y valorar la tendencia confesional del paciente, a efectos de practicar los tratamientos legal y médicamente permitidos, pero también tener en cuenta las consideraciones que en materia religiosa deban hacerse.

Sabido es que algunas creencias religiosas no comulgan con tratamientos terapéuticos o quirúrgicos en los cuales sea necesario realizar la transfusión de sangre. A título de ejemplo existen los fieles «testigos de Jehová», personas que obedeciendo a sus principios religiosos se niegan a consentir procedimiento transfusional alguno, sobreponiendo por encima del derecho a la vida, el derecho a creer en dogmas religiosos. Situación como la aquí planteada, no solo pone ante una disyuntiva al médico, sino ante un real apuro profesional que de no sortearse satisfactoriamente lo puede ver implicando en una investigación ético-médica o incluso enfrentar en los estrados judiciales una investigación penal.

¿Qué sucedería en el caso de un médico que descatando preceptos de orden religioso logre salvar la vida de un paciente mediante el procedimiento de la transfusión sanguínea? Desde el punto de vista ético, esta situación podría llevar al médico a ser investigado por el Consejo de ética médica y la Procuraduría General de la Nación, para determinar responsabilidades en este sentido, aunque resulte verdaderamen-

te insólito, desde la óptica de lo científico, y presupuestando que muy a pesar de este proceder el paciente falleciera, la investigación penal por el hecho dañoso, con fundamento en la culpa. La Corte Constitucional Colombiana ha hecho pronunciamientos en tal sentido precisando que por encima de estas creencias esta el deber del médico de velar por el cuidado de la salud y la vida del paciente.

El Vaticano ha producido sendos documentos que hacen referencia a la libertad religiosa. La Declaración «*Dignitatis Humanae*» en su capítulo I precisa la siguiente definición: «los hombres tienen derecho a la libertad religiosa en el sentido de que deben estar libres de toda coacción, para que nadie sea forzado a obrar contra su conciencia o se vea impedido de actuar de acuerdo con ella. Este derecho se funda en la dignidad de la persona y debe ser reconocido por la autoridad civil. Los hombres están obligados a buscar la verdad, pero no pueden hacerlo de un modo ajustado a su naturaleza sino en un clima de libertad religiosa y de inmunidad de coacción». Lo dicho aquí por la *declaración* en cita, deja al hombre la libertad de tomar sus propias decisiones incluso en su salud y la vida misma siempre y cuando con ellas no se atente contra su dignidad personal y la plena convicción al obrar.

2.4.- El derecho a una muerte digna.

La Eutanasia «*consiste en la actividad según la cual un sujeto por razones humanitarias, tiende a liberar a una víctima del dolor o de una vida que él considera sin calidad, y le causa la muerte ya sea por acción o por omisión. Por acción, cuando la conducta del sujeto tiende a suprimir directamente la vida. Por omisión, cuando se evitan los medios ordinarios que se le deben a la persona por considerar que esa vida ya no tiene valor*»¹¹

Un Estado social de derecho tal como está previsto constitucionalmente en Colombia, está llamado a proteger en sus asociados el derecho a la vida, de manera como lo precisa el artículo segundo inciso segundo respecto de los fines esenciales del Estado: «las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares». A su turno, la Corte Constitucional¹² ha llegado un poco más lejos en este sentido a la vez que ha referenciado el principio de la dignidad humana en los siguientes términos:» la integridad física, psíquica y espiritual, la salud, el mínimo de condiciones materiales necesarias para la existencia

¹¹ El derecho a una muerte digna ha sido motivo de discusión en todos los escenarios internacionales de **la ciencia médica, encontrando entre sus actores a unos que apoyan y quienes controvierten este derecho.**

¹² A Decir de la Corte Constitucional en sentencia de noviembre de 1993, la dignidad humana es inherente a todos los derechos fundamentales del ser humano.

digna, son elementos constitutivos de una vida íntegra y presupuesto necesario para la autorrealización individual y social».

¿Es posible aceptar entonces, que si el Estado tiene el deber jurídico de proteger la vida de los ciudadanos, estos puedan autónomamente en momentos de precariedad extrema de su estado de salud decidir con la asistencia de un médico su continuidad o no? El código penal colombiano en su artículo 326 ha tipificado como delito el homicidio por piedad en los siguientes términos: «*El que matare por piedad, para ponerse sus intensos sufrimientos provenientes de la lesión corporal o enfermedad grave e incurable incurrirá en prisión de seis meses a tres años*». Con base en sendas demandas la Corte Constitucional recibió una acción de inconstitucionalidad sobre justamente este artículo, por la cual el demandante aducía lo inconstitucional de ese artículo por ir contra los principios del derecho a la vida protegido constitucionalmente y como consecuencia se disminuía el valor de la vida de un enfermo incurable, al de una persona en perfecto estado de salud como lo hacía el homicidio simple. La Corte concluyó en el año 1997 que no se estaba violando la constitución marcando un precedente (jurisprudencia) en este tema. Pero esto permitió que la Corte se diera cuenta de las consecuencias que podía tener el consentimiento de la víctima por los cuales resultaría una razón para

despenalizar la eutanasia si participa este factor.

El tratamiento jurídico dado al tema de la eutanasia por la Corte Constitucional¹³, ha derivado en sendas sentencias, que en particular se refieren al desarrollo del artículo 12 de de la Constitución Política de Colombia; ha dicho el juez colegiado lo siguiente: «*el derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a vivir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas afecciones, equivale no solo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la carta, sino a una acumulación de su indignidad y de su autonomía como sujeto moral. La persona quedaría reducida a un instrumento para la preservación de la vida como valor abstracto*».

De lo planteado en esta parte del escrito, se deriva que la eutanasia consentida por el enfermo suicidio asistido, se convertiría en un derecho más, que no acarrearía responsabilidad alguna al médico que la realizare previo seguimiento de los protocolos médicos que para tal efecto deben diligenciarse.

Queda claro, pues, que así como se protege constitucional y legalmente el derecho a nacer y consecuentemente el derecho a la vida, al paciente en estado terminal también le asiste el derecho a la muerte digna; tomar la decisión de no prolongar

¹³ El máximo organismo constitucional en Colombia ha dicho que la dignidad humana no contempla el hecho de prolongar la vida de manera innecesaria a una persona que en razón de las dolencias por su estado de salud no desea vivir más.

innecesariamente su agonía es el basamento del principio y la vez derecho a la autodeterminación, es reconocer al enfermo en la relación médico- paciente. ¿Qué necesidad tendría la prolongación innecesaria de la vida en una persona que ya no tiene ninguna señal de función cerebral? ¿Se precisa digno mantener con vida artificial a un enfermo que lleva diez (10) o más años en estado comatoso profundo y que no da muestras de mejoría alguna en su salud? ¿Qué va a ser de las personas que se encuentran padeciendo las terribles enfermedades del SIDA o cáncer que los lleve a un estado terminal y como consecuencia de ello sean declaradas desahuciadas por los médicos? ¿Es digna la vida de una persona que padece la rara e incurable enfermedad de *Esclerosis Lateral Amiotrófica* que le genera demasiado sufrimiento y cuyo final es la muerte, y que soporte los terribles y penosos padecimientos? Estos y otros interrogantes generan diversas y respetables opiniones que precisaremos a continuación

La iglesia Católica ha sido enfática en su posición ética y religiosa y ha proferido en forma reiterada un pronunciamiento negativo sobre la eutanasia en sus diversas modalidades. El papa Juan Pablo II se refirió en varias oportunidades a este tema y lo hizo calificándolo como «estructuras de

pecado». El Vaticano II ha hecho manifestaciones a favor del derecho natural originario a la vida: así, por ejemplo, en la constitución pastoral *Gaudium et spes*, condenó la eutanasia contentiva dentro de una extensa lista de distintos atentados contra la vida humana entre los que se pueden señalar: homicidios de cualquier clase, genocidio, eutanasia y el mismo suicidio deliberado, torturas morales o físicas, las condiciones laborales degradantes y otras más. En estos términos expreso su condena: «todas estas prácticas y otras parecidas, son en sí mismas infamantes, degradan la civilización humana, deshonran más a sus autores que a sus víctimas y son totalmente contrarias al honor debido al Creador». Esta misma Constitución en el capítulo II sobre *la comunidad humana* precisa: «es necesario ejercitar una profunda caridad con todos y deplorar todo aquello que atente contra la vida y la dignidad de las personas».

Nótese que en dicho documento se deshonra a los médicos y no tiene cabida justificación alguna como no la tiene tampoco para el aborto, porque se considera que solo Dios es el dueño de la existencia. Sectores de la iglesia católica muestran su acuerdo con la eutanasia pasiva, es decir la no prolongación de la vida a través de medios artificiales. Católicos confesos y practicantes como José Galat¹⁴ consideran que «matar a otra persona

¹⁴ El personaje en cita es Rector de la Universidad La Gran Colombia, y ha hecho diversas manifestaciones en foros y medios de comunicación (Séptimo Día) en contra de la eutanasia. Así como también rechaza enfáticamente el aborto muy a pesar de la despenalización del mismo que se viene dando en Colombia por sentencia de la Corte Constitucional.

o privarse voluntariamente de la vida se llama pecado mortal gravísimo». Por el contrario, no parece ser la posición que ha asumido la Iglesia Unida de Cristo y la Iglesia Metodista, de acuerdo a declaraciones hechas en tal sentido.

Según el Judaísmo no es aceptable la eutanasia desde ningún punto de vista, ya que consideran que si la persona conserva su respiración se debe respetar su vida: «Para el judaísmo la función cerebral no es determinante. Todo el tiempo que la función respiratoria se mantiene en forma automática, el paciente está vivo, es decir que la persistencia de la función respiratoria también es un signo inequívoco de que el alma ocupa aún esa envoltura terrenal que llamamos cuerpo (Guf); y esto está explicado en *Masejet Shabat*. Una persona agonizante debe ser considerada como ser viviente en todas las materias, y está prohibido tocarla, no sea que se acelere la muerte por ello. Todo aquel que la toca es como si hubiera derramado sangre. ¿Con qué se puede comparar esto? Con una vela de llama vacilante, la cual se apaga si bien la tocamos. Aun cuando el paciente se halle agonizando desde hace largo tiempo, y él y su familia se encuentren muy angustiados, está, no obstante, prohibido acelerar su muerte, como, por ejemplo, quitándole la almohada,

porque algunas gentes creen que cierta clase de plumas retrasan la muerte, como también está prohibido colocar las llaves de la sinagoga bajo su cabeza. A pesar de esto, si existe una causa externa que impide la partida del alma, tal como el ruido de ciertos golpes, esa causa debe ser suprimida, ya que esto no es un acto directo para acelerar la muerte, sino meramente la supresión de un obstáculo sin tocar a la persona agonizante»¹⁵.

La iglesia Anglicana, en cabeza del arzobispo de Canterbury Roban Williams, se ha opuesto a la práctica de la eutanasia y han pedido a los *Lores* que rechacen toda propuesta de ley en tal sentido y que no legalicen la eutanasia «por la puerta trasera».¹⁶

Algunos países europeos ya han legalizado la eutanasia. Suiza y Holanda, por ejemplo, tienen reglamentación legal que permite a los médicos ayudar a morir *con dignidad a los pacientes que padecen sufrimientos insoportables*. En Holanda en el año 2000 se aprobó una ley encaminada a despenalizar la eutanasia y de esta forma liberar a los médicos de sanciones previstas en el estatuto penal; según esta ley, el médico deberá estar convencido plenamente de que la elección que ha hecho el paciente es voluntaria y muy bien meditada, pero además, deberá consultar a un colega

¹⁵ Para la comunidad Judía basta que el ser humano respire para considerarlo con vida, a pesar de que clínicamente tenga muerte cerebral que certifique su defunción. Esta apreciación basada en un criterio de creencia religiosa va en contravía de las investigaciones científicas de orden médico, que han demostrado que una persona a quien se le ha declarado muerte cerebral ha llegado a su fin existencial.

¹⁶ Las jerarquías de la Iglesia anglicana y judía han considerado que la muerte no debe decretarse por las leyes terrenales, sino que deben respetarse los designios de la divina providencia.

suyo, quien luego de verificar el estado de salud del paciente proferirá su concepto expreso¹⁷. A su turno Bélgica, en el año 2002 legalizó la eutanasia previo concepto técnico y directriz del *Comité Consultivo y Nacional de Bioética*¹⁸. En España, país de enorme tradición católica, la práctica de la eutanasia o suicidio asistido están tipificados por la norma penal como crímenes y contempla pena de prisión hasta de seis (6) años para el médico auxiliador.

En América latina, existen posiciones encontradas sobre el tema entre los distintos países; así, por ejemplo, en Cuba se considera homicidio, un delito tipificado en el estatuto penal de ese país. Uruguay, por el contrario, desde 1934 legalizó la eutanasia bajo las siguientes condiciones: a) tener antecedentes honorables, b) que se realice por motivos piadosos y c) la víctima debe hacer reiteradas súplicas al respecto, en estos tres eventos lo denominó el estatuto penal uruguayo como «homicidio piadoso» que difiere mucho del «suicidio asistido» y se da cuando un médico es auxiliador de alguien que quiere suicidarse. Colombia mantiene penalizada la eutanasia, a pesar de los pronunciamientos que en este sentido ha formulado la Corte Constitucional; sin embargo, ya se presentó un proyecto

de ley en el año 2007 por el senador Armando Benedetti, el cual ha tenido una enorme resistencia de diversos sectores políticos y religiosos para su aprobación.

Aunque le ley lo permita en su última Asamblea, celebrada en Washington a comienzos de octubre, la Asociación Médica Mundial se ha vuelto a declarar en contra de la Eutanasia, por considerar que «vulnera los principios éticos básicos de la profesión médica» y ha pedido a todos los médicos y asociaciones médicas que no participen en la Eutanasia «incluso aunque las leyes nacionales lo permitan». La resolución ratificada por la Asamblea General, se aprobó el año pasado en el Consejo de la Asociación formada por 18 miembros, que es el órgano que propone las medidas a adoptar por la Asamblea en sus reuniones anuales. El debate fue muy tenso por la posición de Holanda, de la que la Asociación Médica fue la única que votó en contra de la resolución. En este sentido, el presidente del Consejo, Ramdoph Smoak, señaló que «está claro que los países del mundo representados en el Consejo se oponen inequívocamente a la Eutanasia, con una sola excepción»¹⁹.

Reconocidos médicos extranjeros unos, y colombianos otros, han fijado su

¹⁷ Al decir de las leyes Suizas y Holandesa, el médico que obre a ciencia y conciencia para tomar la decisión de ayudar a bien morir a una persona deberá apoyar su criterio científico en un colega so pena de hacerse acreedor a una acción disciplinaria

¹⁸ *Los códigos deontológicos en Bélgica no permiten que el médico tome la determinación unilateral de la Eutanasia, sino que debe elevarse a consulta de la autoridad en Bioética, situación que no evita las acciones de orden disciplinario y penal a que haya lugar.*

¹⁹ *Al decir del ente rector de los médicos asociados en el mundo, la vida del ser humano merece el total respeto del galeno y a pesar de la permisividad de la ley para facilitar la eutanasia, será el criterio científico de aquellos el que primará para preservar la vida del enfermo hasta último momento.*

posición respecto a la eutanasia. Así, por ejemplo, el Dr. Gustavo Quintana médico eutanático colombiano, afirma haber practicado la eutanasia por piedad a más de 20 compatriotas que se lo solicitaron, lo cual le parece perfectamente válido y no constituye delito alguno²⁰. El neurólogo Julián Mendoza Vega, afirma que el final de una persona que padece la temible enfermedad de *esclerosis lateral amiotrófica* produce demasiado sufrimiento a esta y desde luego a su familia, y que el final de dicho paciente con esta enfermedad es la muerte, refiriéndose al caso de la señora Johann Gutiérrez Galeno de 35 años, cuyo caso fue presentado por el programa de televisión «Séptimo Día». Por lo tanto, es innecesaria la prolongación de la vida de una persona con esta enfermedad degenerativa. Los médicos católicos de todo el mundo, son radicales en su criterio de aceptar la eutanasia activa, pero sí un gran número de ellos aceptan la eutanasia pasiva.

2.5. Derecho al cambio de medicamento, terapia o tratamiento médico.

Informado debidamente el paciente por el médico tratante sobre lo conveniente o inconveniente de continuar con un tratamiento, terapia o la ingesta de cierto medicamento que pueda llegar a poner en grave peligro su salud o su vida, podrá el mismo enfermo en forma consciente y autónoma optar por cambiar dicho medicamento e igualmente solicitar al galeno le aconseje el tratamiento que mejor resultado le proporcione a su salud, siempre y cuando dicho cambio no constituya una contraindicación en todo sentido, evento en el cual el médico después de sopesar la situación, podría hacer uso de su derecho a rehusar la asistencia para librarse de posible responsabilidad de orden disciplinario o civil y en el peor de los casos de tipo penal, si como resultado de dicho cambio se presentaren lesiones en la integridad física, psicológica o en extremo caso se causare la muerte²¹.

²⁰ Declaración del médico eutanático Gustavo Quintana en entrevista realizada para el programa Séptimo Día por el Canal Caracol en 2007, en la cual afirma que las enfermedades degenerativas conducen a la muerte y que en razón de no tener cura, no es justificable desde ningún punto de vista prolongar la vida de una persona.

²¹ El criterio Jurisprudencial de la CORTE CONSTITUCIONAL, en el cual se trata todo lo referente a Conflictos entre autonomía y salud del paciente precisa: «Todo paciente tiene derecho a rehusar la aplicación de un determinado tratamiento sobre su cuerpo. Sin embargo, el hecho de no manifestarlo y de aceptar las prescripciones clínicas, es un indicio suficiente para considerar una aceptación tácita que puede bastar para que el médico proceda con su tratamiento. La voluntad del paciente de preferir una cosa sobre otra es una razón que el médico debe tener en cuenta. La contraindicación, en muchos casos, hace parte de los criterios de sopesación que el enfermo tiene en cuenta para determinar su estado de salud. Es posible establecer una diferenciación entre la situación mental paciente - patológico o no - y su autonomía o capacidad para consentir. En este orden de ideas, la contraindicación hace parte del espacio de discrecionalidad y autonomía que posee el paciente frente al médico al momento de la prescripción del tratamiento. Aun existiendo un desequilibrio psicológico de parte del peticionario, a partir del cual se pudiese concluir una agresividad especial contra sus semejantes, ésta no parece ser una razón para excluir al paciente de la posibilidad de opinar acerca del tratamiento que prefiere. El peticionario está capacitado para decidir la suerte de su propio cuerpo y para asumir las consecuencias que su decisión acarree en su estado de salud».

Con dos ejemplos es fácil ilustrar cuando opera el derecho del paciente a escoger cambios en su tratamiento o en los medicamentos: el primer caso se refiere al paciente que es tratado mediante una diálisis peritoneal y considera que es más conveniente, práctico y efectivo para su mejoría optar por la hemodiálisis; en el segundo caso, se puede presentar el cambio de medicamento en razón de algunos efectos colaterales que el suministrado inicialmente puede acarrear en el organismo de la persona, es así como se comporta el ácido acetilsalicílico en el aparato digestivo de pacientes que no soportan su ingesta, pudiendo solicitar en razón de la situación presentada que este sea cambiado por otro que no desmejore la salud pero que tampoco ocasione otros daños.

2.6.- Derecho a la intimidad personal

Dentro del amplio catálogo de enfermedades que afectan al ser humano, existen unas que por su naturaleza e incluso por su estatus, generan en la sociedad ciertas suspicacias, sentimientos lastimeros, rechazo, e incluso son objeto de burlas, comentarios malintencionados y en muchas ocasiones abren la puerta a la prensa amarillista que opera en Colombia de manera irresponsable, para alimentar el morbo de muchos de sus lectores. De igual manera, sucede con algunos tratamientos médicos y quirúrgicos que el paciente decide escoger y que modifican

sustancialmente su estado corporal y en ciertos casos su estado psíquico.

En el primer caso referido, es decir, las enfermedades se toman como referencia, la temible e indeseable Inmuno Deficiencia Adquirida VIH (SIDA), que es mucho más común en ciertos sectores sociales y grupos raciales, el cáncer en todas sus especialidades y la indeseable esclerosis lateral amiotrofica que concluye con la muerte de quien la padece, y una enfermedad recientemente declarada como es la obesidad considerada enfermedad crónica por las leyes colombianas. Y en lo que respecta a tratamientos quirúrgicos, se pueden señalar las cirugías plásticas o estéticas que un número significativo de mujeres se hace practicar en ciertas partes del cuerpo; especialmente en el rostro y las operaciones conducentes al cambio de género y la de corregir la ambigüedad genital de una persona casi siempre menor de edad.

3. CONCLUSIONES

Con la aparición del Consentimiento informado se ha dejado en un segundo plano el odioso paternalismo o asistencialismo del profesional de la salud, que durante muchos años fue la constante en atención médica. Sin embargo no por esta circunstancia desaparece la autonomía del médico para prescribir un tratamiento o un medicamento, pero si la limita al grado que requiere contar con el concurso del

paciente para proseguir o apartarse de su labor.

El punto central del proceder médico que hemos venido tratando tiene que ver con el consentimiento informado, como una herramienta de inusitada importancia que el Derecho aporta a la medicina y que contribuye tanto con el paciente como con el galeno. Es así, pues, que se logra un acercamiento real y efectivo en la relación médico-paciente, ya que a aquél corresponde informar de manera suficiente y adecuada y a éste decidir con plena libertad y conciencia.

El médico debe entender las necesidades del paciente, hacer de alguna manera lectura psicológica de sus dolencias y reconocer los derechos que éste tiene, al igual que interpretar las expectativas de la familia del enfermo que desean mejoría en su salud, aplicando a todo ello con probidad y eficiencia la ciencia médica, es decir, que desde el punto de vista de la ética, el médico debe salvaguardar el respeto por la dignidad de la persona, sin desconocer y dejar de aplicar los avances técnicos que en esta manera se vienen dando. Enfrentarse a pacientes terminales que desean morir recurriendo a la eutanasia, realizar una

transfusión de sangre que se requiere para salvar una vida en pacientes que por creencias religiosas no lo permiten o tomar la decisión de practicar un aborto, son entre otras reales situaciones emergentes que deben llevar al médico a una reflexión ética, acompañada claro está, del debido proceder terapéutico.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Constitución Política de Colombia de 1991. Los Derechos Fundamentales
- Chacón, A. (2003) Fundamentos de responsabilidad médica. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá.
- López, M. (2007) Tratado de Responsabilidad médica. Edit. LEGIS. Bogotá.
- Régimen Jurídico del Ejercicio Médico. Edit. LEGIS. Primera edición 1998. Bogotá; Colombia
- Revista Institucional de Medicina Legal de Colombia, Fundamentos de Responsabilidad Médica. Vol. 16. Bogotá 1997.

Esta revista se terminó de imprimir
en los talleres gráficos de:



GRAFILASSER

Editores • Impresores

☎s 7431272 / 7447637

TUNJA - BOYACÁ

Contenido

Editorial 9

Presentación 11

Sección I. Artículos de producción institucional.

Conceptos sobre la responsabilidad estatal:
una aproximación a la responsabilidad del
estado por actos terroristas 15
Yolanda M. Guerra García.

El derecho de marcas frente a las infracciones
al derecho de la competencia. 35
Fernando arias García.

Hacia un nuevo modelo de enseñanza
exitosa: dogmatización fallida del derecho 49
Germán Bernal Camacho y
María Fernanda Murillo Delgadillo.

Ecología intelectual, del sitio de producción
de la teoría pura del derecho 59
Carlos Alberto Pérez Gil.

Derechos del enfermo derivados del
consentimiento informado 75
Enrique López Camargo.

Estudio integrado de la legitimidad
en la Corte Constitucional colombiana 91
Diego Mauricio Higuera Jiménez.

Sección II. Tema Central –Punición, Análisis críticos.

El principio de igualdad de armas en el sistema
procesal penal colombiano a partir del acto
legislativo 03 de 2002 121
Alfonso Daza González.

Contravenciones comunes de policía
en Colombia. 147
Luis Enrique Rodríguez Gómez.

Breve historia de la cárcel 159
Carlos Gabriel Salazar Cáceres.

Concepciones y prácticas sobre la enfermedad
mental en Colombia. Siglos XVI al XXI. 177
Fabián Leonardo Benavides Silva.

El derecho humano al agua y las garantías
para su realización 203
Alfonso Daza González.

Sección III. Temáticas Internacionales, Extranjeras y Comparadas.

Manifestaciones del principio acusatorio:
exégesis de la ley de enjuiciamiento criminal
en España. 231
Juan Ángel Serrano Escalera



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
T U N J A

Experiencia y Calidad



0124- 2067