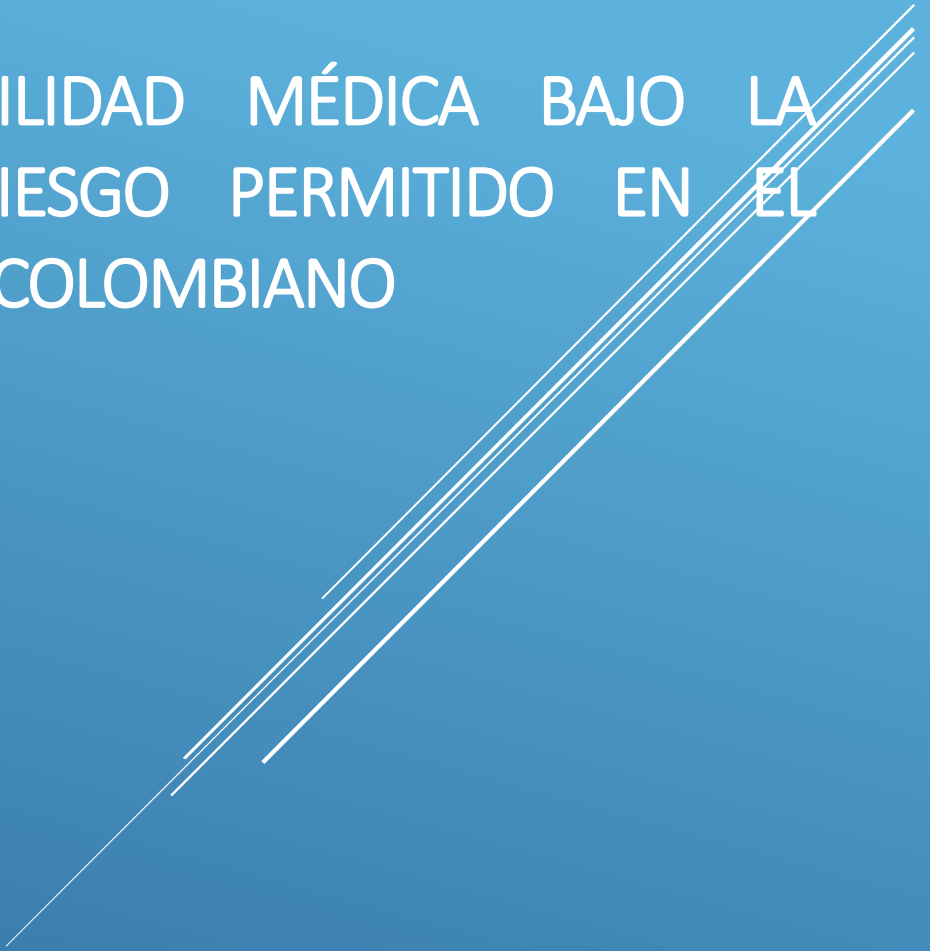


LA RESPONSABILIDAD MÉDICA BAJO LA TEORÍA DEL RIESGO PERMITIDO EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO



UNIVERSIDAD DEL CAUCA

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

La Responsabilidad Médica Bajo la Teoría del Riesgo Permitido en el Sistema Penal
Colombiano



Miguel Ángel Cerón Tobar

Luis Alfonso Gil Grisales

Universidad del Cauca

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Programa de Derecho

Popayán, 2018

La Responsabilidad Médica Bajo la Teoría del Riesgo Permitido en el Sistema Penal
Colombiano

Miguel Ángel Cerón Tobar

Luis Alfonso Gil Grisales

Trabajo de Grado Para Optar el Título de Abogado

Director:

Dr. William Arley Rengifo Varona

Docente

Universidad del Cauca

Facultad De Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Programa de Derecho

Popayán, 2018

Agradecimientos

Aunque todos tenemos las mismas oportunidades y tenemos el mismo Dios, poco apreciamos su amor infinito, expresamos gratitud por tantas bendiciones, como a nuestras familias, que son la voz de aliento en los momentos de incertidumbre y oscuridad, a nuestro Tutor **Dr William Rengifo Varona**, por permitirnos compartir sus conocimientos y experiencias, con especial aprecio como amigo y docente, por creer en nosotros, cimentar nuestros conocimientos y llenarnos de confianza de un valor encendido para nuestras futuras vidas como abogados, gratitud y cariño por su infinita paciencia y profesionalidad. Ha sido muy importante su presencia en nuestras vidas, tiene todo nuestro respeto querido profesor.

Tabla de Contenido

Capítulo I	3
1. Normas que Regulan la Actividad Médica	3
1.1 Nociones Generales De La Ley Médica.....	3
1.2 La Relación Médico Paciente.....	4
1.3 Obligaciones de la Relación Médico - Paciente.....	5
1.4 Acto Médico.....	6
1.4.1 Definición del Acto Médico.....	7
1.4.2 Características del Acto Médico.	7
1.4.3 Clases de Acto Médico.....	8
1.5 Generalidades de la Lex Artis y La Lex Artis Ad Hoc.	11
CAPITULO II.....	14
2. RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA	14
2.1 Noción	14
2.2 Culpa Médica	14
2.3 El Delito Médico Culposo.....	16
2.4 El Dolo Eventual en el Acto Médico	18
CAPITULO III.....	21
3. IMPUTACIÓN OBJETIVA.....	21
3.1 Fundamentos..	21
3.1.1 Posición de garante.....	23
3.2 La Imputación Objetiva desde la Perspectiva de Claus Roxin.....	23

3.2.1	Criterios de Imputación Objetiva en el Ámbito de Creación de en Riesgo no Permitido.	
		25
3.3	LA Imputación Objetiva Planteada Por Günter Jakobs	27
3.3.1	Elementos Dogmáticos de la Imputación Objetiva del Comportamiento.	29
3.3.1.1	Riesgo Permitido.	29
3.3.1.2	Principio de Confianza	30
3.3.1.3	Prohibición de Regreso.....	33
3.3.1.4	Acciones a propio riesgo.....	32
	CAPÍTULO IV.....	34
4.	LA CREACIÓN DEL RIESGO DESAPROBADO	355
4.1	Noción	355
4.2	Fuentes del Riesgo Permitido en Materia de Responsabilidad Penal Médica	376
4.3	El Acto Médico. Concepto y Proyección del Riesgo Permitido en cada una de las Fases del Acto Médico.....	565
	CAPÍTULO V.....	598
5.	LA RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA Y EN EL DERECHO PENAL COMPARADO DE ESPAÑA, CHILE Y PERU	598
5.1	Delitos Médicos Dolosos en el Código Penal Colombiano	58
	CAPÍTULO VI.....	665
6.	JURISPRUDENCIA DE LA HONORABLE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA	665
6.1	Jurisprudencia Sobre la Autoría y El Riesgo Permitido en el Delito Medico Culposo	666
6.2	Jurisprudencia Sobre Dolo Eventual en el Delito Médico Culposo.	70

CAPITULO VII	754
7. CONCLUSIONES	754
Bibliografía	786

Lista de Figuras

Figura 1 Acto Médico	8
Figura 2 Incorpora a la culpa	15
Figura 3 Criterios de Imputación según Roxin	244
Figura 4 Tipo Objetivo.....	266
Figura 5 Elementos excluyentes del tipo objetivo en la creación del riesgo no permitido	277
Figura 6 Responsabilidad Penal.....	299
Figura 7 Organigrama.....	587
Figura 8 La Autoría en el delito médico culposo.....	709

Lista de tablas

Tabla 1 Delitos culposos médicos.....	17
Tabla 2 Diferencias entre el dolo eventual y la culpa con representación.....	20
Tabla 3 Comparativo Lesiones Personales	609
Tabla 4 Comparativo Homicidio Culposo	643

Introducción

La ciencia médica, es un pilar fundamental de la sociedad, que garantiza la protección de las contingencias naturales del ser humano, los ordenamientos jurídicos del mundo tratan exhaustivamente de proteger a los ciudadanos frente a la mala prestación del servicio de salud, los galenos tienen la obligación de prestar un servicio eficaz e idóneo, de preservar la vida conforme el juramento Hipocrático.

Esta tesis tiene como fundamento, establecer los parámetros dogmáticos en los cuales los profesionales de la medicina deben asumir la responsabilidad penal; teniendo como eje central el análisis de la teoría del riesgo permitido, la cual es la línea entre la adecuada praxis médica y el implemento de los protocolos médicos ya estructurados.

En Colombia se ha investigado la responsabilidad penal médica desde varias perspectivas, tomando como base fundamental la imputación objetiva, la cual no es una invención del derecho penal, pero en esta área produjo una gran acogida, gracias a ese aporte, se constituyó la necesidad de agrupar la causalidad material y los tipos penales de resultado, que determinan un contexto jurídico de correlación para la imputación jurídica y el injusto penal, que comprueba la participación de la causalidad y su producción típica, o en palabras sencillas la configuración de un delito, que permite la solución de delitos culposos los cuales en su mayoría serían los imputables a los galenos, en concordancia al ejercicio de su profesión.

Ahora bien la teoría del riesgo permitido, contribuye a la imputación de una conducta punible, existe una incorporación indefinida de acciones, en el marco del funcionamiento de la actividad medica que, a pesar de que generan un cierto riesgo de lesión de bienes jurídicos tutelados, que son efectivamente protegidos por el derecho penal, no deben ser sancionadas, toda vez que al

realizar un análisis de costo y beneficio la prohibición de esas conductas no es, de ningún modo, recomendada. Se cree que la anulación social de esas conductas traería una serie de consecuencias para la medicina, esta problemática también debe ser abordada.

La existencia de riesgos no es evitable, sino que sólo puede ser administrada, de modo que se generen opciones favorables en el marco de la intervención del profesional de la salud, dichas opciones deben ser estudiadas para consolidar responsabilidad médica.

En relación con lo anterior, el cuestionamiento que se pretende abordar en esta obra académica, se ajusta a la posibilidad de realizar un acercamiento teórico frente a la aplicación de la imputación objetiva como instrumento selectivo de la adecuación fáctica de las posibles conductas punibles en el ejercicio de la medicina.

CAPÍTULO I

1. NORMAS QUE REGULAN LA ACTIVIDAD MÉDICA



1.1 Nociones Generales De La Ley Médica

La actividad médica, por su importancia en la sociedad y específicamente por su complejidad es objeto de regulación legal, el Congreso de la República y el Gobierno Nacional en su afán de procurar una adecuada prestación del servicio por parte de los profesionales de la medicina han expedido diversos cuerpos normativos que regulan esta labor, los cuales son: La Ley 67 del 4 de diciembre de 1935 por la cual se reglamentó el ejercicio de la profesión de medicina y cirugía, dicho marco legal se describe algunos protocolos y especificaciones que se deben tener en cuenta al momento de la atención general al paciente y los requisitos que deben ostentar los profesionales para poder ejercer la medicina, la cual fue derogada tácitamente por la Ley 1164 de 2007 vigente actualmente, se ocupó de todo el ejercicio de las profesiones y de las ocupaciones del talento humano en salud, por otro lado tenemos el Decreto 2831 del 23 de septiembre de 1954 por el cual se estableció el Código de Moral Médica ya derogado, donde se recogió el juramento hipocrático como principio básico de la medicina, el cual deja de ser un pensamiento ontológico o filosófico y se plasma en unos cuerpos normativos específicos, que nos indican la manera precisa como debe ser el comportamiento de los galenos y los odontólogos para identificar que el mismo ha estado ajustado a la ética; la Ley 14 del 28 de abril de 1962 por la cual se dictaron normas relativas al ejercicio de la medicina y la cirugía, hoy sin vigencia por la incursión de la Ley 1164 de 2007. La Ley 23 del 18 de febrero de 1981 por la cual se dictan normas en materia de ética médica y finalmente, el Decreto 3380 de 1981 que reglamentó.

1.2 La Relación Médico Paciente

El Estado Colombiano cuando cataloga al profesional de la medicina como una persona apta para el ejercicio de la profesión, mediante títulos expedido por autoridades académicas o sus delegados, las personas pueden acudir en busca de su diagnóstico, recomendación y posible tratamiento, es así como se entabla la relación médico paciente, conforme al artículo 2 de la ley 23 de 1981, Capítulo II, del juramento médico en concordancia con el Decreto 3380 de 1981 artículo 1.

El artículo 3 de la Ley 23 de 1981 establece que: *“El médico dispensará los beneficios de la medicina, sin más limitaciones que las expresamente señaladas en esta ley”*. Por su parte el artículo 5 ibídem en su Título II, práctica profesional, Capítulo I, de las relaciones del médico con el paciente, señala las circunstancias en las cuales surge la relación médico paciente en la práctica médica así: Ley 23 de 1981. Artículo 5. La relación médico – paciente se cumple en los siguientes casos:

1. Por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes.
2. Por acción unilateral del médico, en caso de emergencia.
3. Por solicitud de terceras personas.
4. Por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o pública. Es de advertir que al acto médico puede llevarse a cabo por una relación diferente al acuerdo de voluntades como ya lo señalamos, como en el vínculo institucional entre Empresas Prestadoras de Salud, y/o por medio de empresas de medicina prepagada. Claramente, pueden surgir bien sea a través de entidades hospitalarias, de servicio público en donde el médico es un empleado subordinado o mediante entidades privadas que contratan su infraestructura con

corporaciones, ofreciendo su cuerpo médico como parte del contrato, como por ejemplo las aseguradoras por intermedio de sus pólizas.

En la relación institucional el paciente no busca voluntariamente al médico¹ y se somete a ser atendido por quien se encuentra de turno, es decir se extiende la correlación a un tercero, la institución prestadora de servicios, quien paga al médico por su trabajo y deberá garantizar al usuario la mejor atención posible.

La dependencia institucional se ha desvirtuado siendo innegable la burocratización e ineficiencia en muchas entidades prestadores de servicios, predominando, la inasistencia social a los pacientes por diversos factores relacionados con el mal uso de los recursos hospitalarios, lo que ha obligado a las personas a acudir a la acción de tutela como mecanismo eficaz para acceder a la prestación de un servicio, que opera como medio para evitar un perjuicio irremediable a falta de otro medio más eficaz para salvaguardar sus derechos, de igual manera con la expedición de la ley 1751 de 2015 la estatutaria de la salud, al extender a este derecho en rango fundamental de protección constitucional.

1.3 Obligaciones de la Relación Médico - Paciente

La obligación entendida como la relación jurídica² entre sujetos determinados llamados acreedor y deudor por virtud de la cual este último debe cumplir una prestación con el objeto de satisfacer un interés serio y legítimo del acreedor³ aplicable a la relación médico – paciente, desde

¹ Como lo dispone la Asociación Médica Mundial y la Ley 23 de 1981 en sus artículos 42 a 45.

² “La relación jurídica, en el campo del Derecho privado, se puede configurar, justamente, como una relación que el derecho objetivo establece entre persona y persona, al atribuir a una un poder e imponer a la otra un vínculo correlativo”. BETTI, Emilio, Teoría General del Negocio Jurídico, Tercera Edición. Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1983. Pág. 9.

³ Sentencia 228 del 25 de mayo de 1995 magistrado Barrera Carbonell.

un punto de vista contractualista en materia civil y en la relación con el área penal, la cual es la que nos ocupa estamos frente la posición de garante del médico que desarrollaremos más adelante; pero es de vital importancia identificar las obligaciones en esta relación bipartita para poder establecer el rango de una correcta praxis médica.

Las obligaciones de la relación médico – paciente son:

- Guardar el secreto profesional.
- Suministrar al paciente la información adecuada y contar con el consentimiento.
- Tener conocimiento.
- Emplear diligencia y técnica en el tratamiento.
- Mantener la continuidad necesaria en el tratamiento.
- Prestar asistencia y consejo al paciente.
- Certificar acerca de la enfermedad y tratamiento efectuado en el paciente.
- De otra parte, tenemos los deberes del paciente, como actor principal del acto

Médico, tiene las siguientes obligaciones:

- Colaborar con las normas institucionales.
- Tratar con respeto al médico, a los paramédicos, a los otros pacientes y a los acompañantes.
- Firmar el documento de salida voluntaria o de no aceptación de los tratamientos propuestos

cuando así lo decida⁴.

1.4 Acto Médico

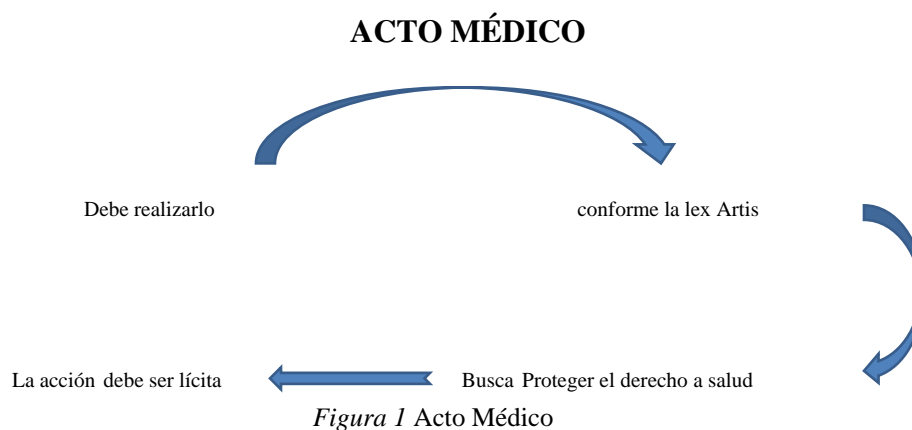
⁴ http://www.medspain.com/ant/n10_mar00/Actomed.htm.

1.4.1 Definición del Acto Médico. El acto médico, es la producción entre la relación médico-paciente, en donde una de ellas, denominado enfermo, acude por una alteración en la salud o protección de ella, el médico quien está en deber de orientar y tratar al usuario, de acuerdo a sus capacidades y al tipo de enfermedad que el primero presente. A través del acto médico se intenta promover la salud, curar, prevenir la enfermedad y rehabilitar al paciente. El galeno se compromete a disponer de todos los medios que a su alcance pueda efectuar en el procedimiento (médico o quirúrgico), actuando con apoyo en sus conocimientos científicos, su vivacidad y cuidado personal es para curar o aliviar los efectos de la enfermedad, sin poder garantizar los resultados, previa advertencia de las posibles complicaciones o riesgos que se pudieran presentar.

En los casos de la cirugía plástica y la obstetricia⁵ donde el médico adquiere una obligación de resultado con el paciente. También podemos señalar que el acto médico es aquel donde el galeno desarrolla sus conocimientos y habilidades con miras de obtener un resultado favorable, el cual puede ser: aliviar al paciente y en los casos que sea posible obtener su cura. Esta acción u omisión del médico es lo que altera el mundo exterior y como tal puede producir consecuencias jurídicas.

1.4.2 Características del Acto Médico. La tipología del acto médico debe contener, un encadenamiento para que su existencia sea plena, dichas características son las siguientes:

⁵ Tal como lo sostuvo el Consejo de Estado, en sentencia del 20 de febrero de 1996, Expediente: 11.312. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Magistrado Ponente: Daniel Suárez Hernández. En donde la entidad demandada tiene la carga de demostrar que obró diligentemente. “Es evidente que un parto normal, no puede generar riesgos que no sean susceptibles de previsión y consiguiente control por parte de los médicos”. “...Si ofrece dificultades, creando una dosis de riesgo cuyo sorteo satisfactorio no puede ser garantizado por los médicos, está a cargo de ellos su demostración. “ (Ibídem). Aspecto que es objeto de innumerables debates. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil en Sentencia del 5 de Marzo de 1940. Magistrado Ponente: Dr. Liborio Escallón, partiendo de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, estimó que por lo regular la obligación que adquiere el médico “es de medio”, aunque admitió que “Puede haber casos en que el médico asume una obligación de resultado, Como la Intervención Quirúrgica en una operación con fines estéticos”.



Fuente: Miguel Ángel Cerón y Luis Alfonso Gil

En este cuadro se determinan las características que permiten determinar cuando estamos en presencia de un acto médico, para poder estudiar de una mejor manera cada caso en concreto y poder establecer si se vulneró o no un bien jurídicamente tutelado.

1.4.3 Clases de Acto Médico. La ejecución del galeno puede ser de manera directa e indirecta, en relación con la punibilidad debemos referirnos al acto médico directo en primer plano o contacto, dado que es éste el que dispone la responsabilidad penal, al segundo presupuesto, es decir, que la acción es indirecta y se cataloga como aquellas que no ejecuta el profesional de manera directa sino a través de sus auxiliares, los cuales le proporcionan información en la realización de exámenes de laboratorios, rayos x y mediante los cuales se apoya para tomar una decisión.

El acto médico directo, para la doctrina es “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. Para un mayor entendimiento, explicaremos estos actos brevemente:

a) Preventivos: Los preventivos hacen referencia a la recomendación de medidas para evitar la aparición de procesos patológicos.

b) Diagnósticos: El diagnóstico es la opinión del médico obtenida de la observación directa o de laboratorio del paciente.

c) Terapéuticos: La terapéutica se refiere a las diversas formas de tratamiento para la enfermedad.

d) La rehabilitación: es el conjunto de medidas encaminadas a completar la terapéutica para reincorporar al individuo a su entorno personal y social⁶”

En conclusión todos los actos médicos están encaminados a proporcionar el mayor grado de certeza al médico, para seleccionar el tratamiento adecuado para contrarrestar la patología que presenta el paciente o el procedimiento que conlleva menor riesgo.

La actuación médica debe estar registrada bien sea por medio cibernético o en físico, dicho compendio se le denomina acto médico documental, es el complemento del acto médico directo y del acto médico indirecto; el acto médico documental se emplea como soporte en un caso determinado, su importancia legal radica en su validez como prueba dentro de cualquier reclamación o proceso. El código penal colombiano cataloga diversos documentos de naturaleza médica como prueba documental, el artículo 424 consagra lo siguiente:

“PRUEBA DOCUMENTAL”. Para los efectos de este código se entiende por documentos, los siguientes:

⁶ http://www.medspain.com/ant/n10_mar00/Actomed.htm. Op cit

1. *Los textos manuscritos, mecanografiados o impresos.*
2. *Las grabaciones magnetofónicas.*
3. *Discos de todas las especies que contengan grabaciones.*
4. *Grabaciones fonópticas o vídeos.*
5. *Películas cinematográficas.*
6. *Grabaciones computacionales.*
7. *Mensajes de datos.*
8. *El télex, telefax y similares.*
9. *Fotografías.*
10. *Radiografías.*
11. *Ecografías.*
12. *Tomografías.*
13. *Electroencefalogramas.*
14. *Electrocardiogramas.*
15. *Cualquier otro objeto similar o análogo a los anteriores”.*

En este grupo se incluyen el certificado médico, la fórmula médica y la Historia Clínica, acto documental considerado el más importante de todos. El acto médico documental es un documento reservado, el cual solo puede ser conocido por el paciente y por los terceros que el paciente mismo autorice, tal como lo establece la Ley 23 de 1981, cuyo Artículo 34 reza así:

“La historia Clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley”.

Sin embargo, el conocimiento de la historia clínica, a la que acceda el médico tratante o la institución prestadora de salud, no puede atribuirse como violación a la reserva, como lo señala el Decreto 3380 de 1981 en su artículo 23 así: *“El conocimiento que de la historia clínica tengan los auxiliares del médico o de la institución en la cual éste labore, no son violatorios del carácter privado o reservado de ésta”*, es decir que la historia clínica es un tipo de acto médico que permite el registro de las actividades realizadas y los cuadros patológicos que debe tener en cuenta al momento de seguir el tratamiento o definir el diagnóstico del paciente.

1.5 Generalidades de la Lex Artis y La Lex Artis Ad Hoc.

La LEX ARTIS AD HOC, es considerada como una ley propia, que define los lineamientos de la actividad médica, detallando diversos factores en el ejercicio de esta profesión, para algunos doctrinantes en la definen de la de la siguiente manera:

La ley artis o “Ley propia del arte que se ejecuta”, “ no es otra cosa que aquellos mandatos o reglas específicas, que deben ser observados dentro de determinado arte o técnica, a efectos de poder lograr o conseguir unos determinados resultados...”. (Molina, C. M., 1998, p. 203). *En efecto,*

“...puede decirse que esa lex artis se encuentra conformada por las reglas técnicas que deben seguirse con miras a la obtención de los resultados deseados, esperados y perseguidos, no sólo por el paciente sino también por el médico, en beneficio de la salud, la integridad y la vida del primero.”(Molina, C. M., 1998, p. 203).

Así mismo, la lex artis ad hoc es la normatividad encargada de identificar aspectos facticos, estructurados con el tiempo y la experiencia de la comunidad médica en general, impartida en todo el mundo como instrumento precursor de la adecuada forma en que debe brindarse la atención médica y las posibles contingencias se pueden presentar en ella.

La medición del diagnóstico o el resultado obtenido por el profesional de la salud, radica en la definición de premisas a seguir en cada caso concreto, analizando la complejidad del asunto a tratar, legitimando la actuación médica que se encuentre conforme a los parámetros delimitados en la profesión.

La experticia, idoneidad y pericia del médico que se encuentra inmerso en un proceso penal por producir un daño en el ejercicio de su actividad médica a un bien jurídico tutelado por la ley penal deberá ser juzgado conforme a la *lex artis* vigente al momento en que ocurrió el daño, en congruencia con el principio de legalidad.

El artículo 12 de la Ley 23 de 1981 señala los parámetros mediante los cuales debe ceñirse la actuación médica conforme a la *lex artis ad hoc*:

El médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas. Parágrafo. Si en circunstancias excepcionalmente graves, un procedimiento experimental se ofrece como la única posibilidad de salvación, éste podrá utilizarse con la autorización del paciente o sus familiares responsables y, si fuere posible, por acuerdo en junta médica. En concordancia con el Decreto 3380 de 1981 artículo 8 “Para efectos del artículo 12 de la Ley 23 de 1981, las instituciones científicas legalmente reconocidas comprenden:

- a) Las facultades de medicina legalmente reconocidas.*
- b) Las academias y asociaciones médico – científicas Reconocidas por la ley o el Ministerio de Salud.*
- c) La Academia Nacional de Medicina. Las instituciones oficiales que cumplan funciones de Investigación médica o de vigilancia y control en materia médico – científica.*

Ahora bien, en relación a lo anterior, pueden existir casos en que la práctica médica que contravienen a la *lex artis ad hoc*, caso en el cual el profesional de la medicina deberá ceñirse a esta última modificación de esta ley con el fin evitar la configuración de una conducta punible. Como lo dispone la doctrina así: “Qué pasa si no hay coincidencia entre lo aconsejado por la ciencia médica y lo que es la práctica común esto es lo que ha dado lugar a innumerable cantidad de juicios de responsabilidad⁷” médica donde el profesional del arte de curar pretende escudarse o salvar su responsabilidad diciendo: “Lo que yo hice es lo que hacen todos”. Pero sucede es que lo que hacen todos está mal hecho. Porque en caso de que la práctica común no coincida con la práctica aceptable de la directriz médica, debe entonces estarse por la *lex artis*. De ahí que no tenga validez como causal exculporia haber actuado como comúnmente se hace, cuando ese actuar no resulta aconsejable por la ciencia médica. En síntesis, el hecho de que un obrar negligente sea práctica común no convierte dicho obrar en diligente, es el caso por ejemplo: si el anestesista no tiene cita previa con el paciente y se excusa en que los demás profesionales en esa área hacen Lo mismo, todos incurrir en negligencia. (Vásquez, R., 1993)

Por consiguiente, concluimos que si el médico desatiende los protocolos puede estar incurso en la responsabilidad penal, si con su acción u omisión causa un resultado dañoso para la vida, la integridad o la salud de su paciente ya que no podrá alegar como causal de justificación el legítimo ejercicio de una actividad lícita. (Molina, C. M., 1998, p. 205)

⁷ www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-14.pdf

CAPITULO II

2. RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA



2.1 Noción

La responsabilidad penal médica se estructura, cuando el profesional de la salud incumple su función a la cual debía ceñirse, es decir desconoce por acción u omisión la *lex artis*, por cuanto no podría desplegarse una formulación de responsabilidad penal respecto de aquel que no interactuó en el acto médico. Sin embargo, se debe precisar que el paciente está protegido por el derecho penal, ya que se garantiza, o mejor, se previene al galeno y a su equipo, a prestar su servicio en condiciones idóneas y eficaces. El ordenamiento jurídico Colombiano tiene como fines constitucionales la protección de los derechos fundamentales como la salud, la integridad física y, lo más importante: la dignidad del ser humano.

2.2 Culpa Médica

Para desarrollar el concepto de la culpa médica se debe realizar una precisión frente a ella, y debemos empezar con la definición normativa de la culpa del artículo 23 del código penal colombiano, el cual indica que “la conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder superarlo”.

Examinando la norma citada podemos concluir:

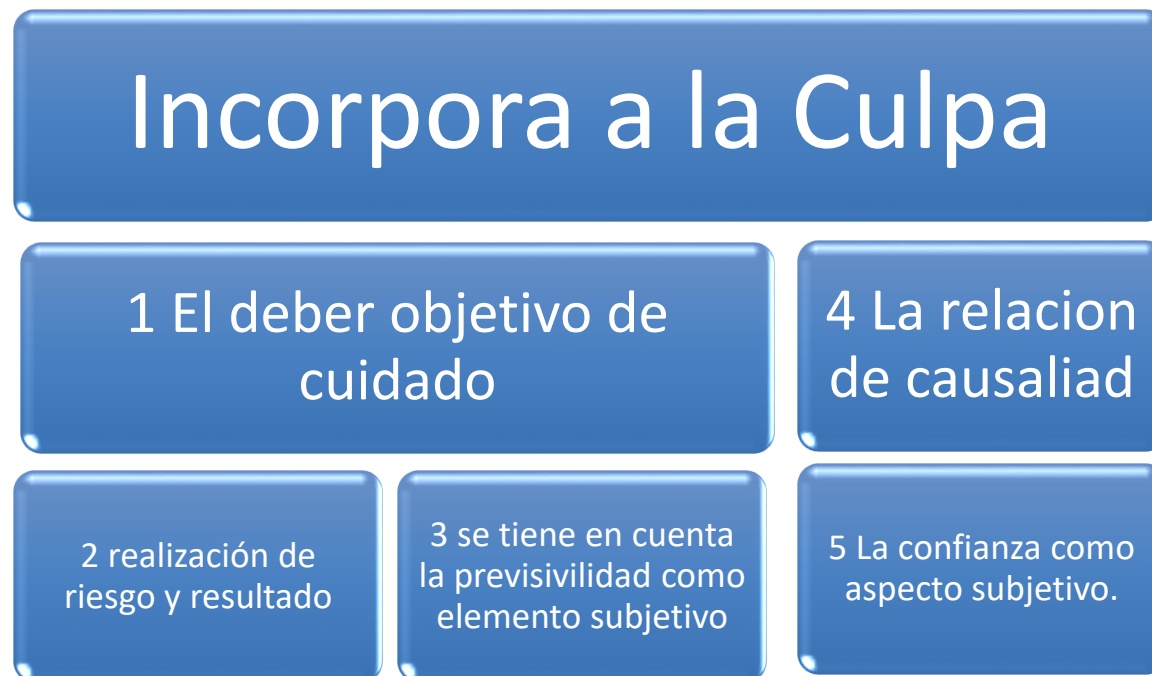


Figura 2 Incorpora a la culpa

Fuente: Miguel Ángel Cerón Tobar y Luis Gil

Conforme al esquema que hemos planteado, el artículo 23 de la ley 599 de 2000, que incorpora la infracción al deber objetivo de cuidado, como aspecto normativo y también establece tres elementos al aspecto del tipo culposo como: la relación de causalidad o determinación, la realización del riesgo en el resultado que es fundamental en la relación médico paciente y por último la infracción al deber objetivo de cuidado, donde el legislador tuvo presente aspectos subjetivos tales como la previsibilidad del resultado.

2.3 El Delito Médico Culposo

En nuestra legislación penal, el dolo por regla general se asemeja a la intención de querer obtener un resultado, en tanto que la culpa es la existencia de un resultado antijurídico no deseado. Donde ambos hacen parte del tipo subjetivo o modalidad de la conducta punible.

En cierto modo, podemos explicar la culpa bajo una directriz de un pensamiento o raciocinio probable, como una sobrevaloración de sus propias fuerzas o atributos, configurándose lo que se denomina dogmáticamente como culpa consciente, en cuanto la representación se establece con una relación psicológica con el resultado; pero de ninguna manera la culpa inconsciente, que es básicamente es desconocimiento de un resultado que para el agente es imprevisible. Lo que traía como consecuencia que no se pudiera abarcar bajo este entendido la culpa inconsciente.

Los delitos culposos pueden ser de acción u omisión y en ambos casos puede haber delito culposo con representación o sin representación según si el sujeto activo o agente omiso, se ha representado o no el resultado.

En el delito culposo, en cuanto a los sujetos activos su gran mayoría se establecen como innominados, esto quiere decir que cualquiera puede ser sujeto activo, como por ejemplo la expresión “el que” del artículo 120 del Código penal Colombiano. Sin embargo, también se dan delitos de sujeto nominado, en cual se extiende la sanción al ejercicio de la profesión de la medicina, como por ejemplo el inciso segundo del artículo 126 **lesiones culposas al feto** del código penal el cual dice “si fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término.

El Código Penal Colombiano, sólo se castigan delitos culposos contra la vida y la integridad personal, y dentro de éstos sólo ciertas conductas punibles, el homicidio culposo, las lesiones personales y lesiones culposa al feto.

Estas conductas se configuran cuando el profesional de la salud, aplica inadecuadamente la *lex artis*, lo que en su momento el juez considerará para enjuiciar un determinado comportamiento en el ámbito de la profesión médica.

Tabla 1 Delitos culposos médicos

Fuente: Miguel Angel Cerón y Luis Gil

DELITOS CULPOSO MÉDICOS		
Delitos	Análisis	Pena
Homicidio culposo Artículo 109: el que por culpa matare a otro.	El médico intenta tranquilizar los sufrimientos del paciente puede ocasionarle la muerte de manera culposa o en el tratamiento de una enfermedad crónica. Para establecer la culpa debe existir imprudencia, impericia, negligencia o violación de la <i>lex artis</i> .	De 48 meses a 90 meses e inhabilidad para ejercer la profesión
LESIONES PERSONALES CULPOSAS Artículo 120 “el que por culpa causase a otro alguna de las lesiones a que se refieren los artículos anteriores” es decir: A perturbación psíquica. B perturbación funcional. C deformidad. D incapacidad para trabajar o enfermedad.	Las lesiones culposas se pueden determinar cuando el médico extralimita el riesgo permitido, entre la relación médico paciente, es decir que trasgrede el deber objetivo de cuidado o negligentemente, causa un daño mayor al permitido por el acto médico.	De 16 meses a 54 meses e inhabilidad para ejercer la profesión

<p>LESIONES CULPOSAS AL FETO</p> <p>Artículo 126, “el que por cualquier medio causare a un feto daño en el cuerpo o en la salud que perjudique a su normal desarrollo”</p>	<p>Las lesiones personales son de frecuente ocurrencia dentro de los procedimientos médicos, pero debe tener especial cuidado con las mujeres embarazadas y ratificar que no lo estuvieren de no ser así se produjeran :</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Parto prematuro ➤ Lesiones personales culposas al feto 	<p>De 16 meses a 36 meses e inhabilidad para ejercer la profesión</p>
--	--	--

2.4 El Dolo Eventual en el Acto Médico

Para desarrollar el tema del dolo eventual en el acto médico, se deben realizar algunas precisiones, la primera definir qué es el dolo y qué características lo componen como dolo eventual y la diferenciación que a nuestro criterio es una de la más importantes en la construcción de un paralelo concreto entre el dolo eventual y la culpa o imprudencia consciente, ya que debe aclararse para no acarrear ningún tipo de confusiones en el aspecto fáctico.

Así las cosas, el dolo está compuesto por dos elementos generales, pero inseparables si se quiere hablar de la modalidad dolosa, el primero es el elemento a) **cognoscitivo o intelectual** que es precisamente el conocimiento por parte del médico refiriéndonos a nuestro tema central, de que la conducta o para ser más precisos el acto médico realizado o no ejecutado, para referirnos a la omisión, podrá incurrir en una conducta tipifica, antijurídica y culpable, por parte del profesional de salud. Tal conocimiento debe cobijar no solo los elementos del tipo objetivo, sino su significación (Stretenwerth, G. 1982, p. 95.). Estos elementos evalúan el galeno, es decir el sujeto

activo y el paciente o sujeto pasivo, esta evaluación objetiva determina las circunstancias de agravación punitiva como los de atenuación.

Para comprobar que grado de conocimiento debió tener el médico, se debe atender a la clase de conocimiento que se requiere, para que la interacción médico paciente sea efectiva.

b) **Elemento volitivo**, es básicamente que el hospitalario o sujeto “quiera”, “desea”, “decida” la realización de una conducta, de acción u omisión que probablemente se constituya en un delito.

Entonces el dolo es la realización de los hechos constitutivos de infracción penal, cuya finalidad es la conducta punible. El sujeto persigue directamente la acción u omisión típica, el resultado previsto en el tipo o ambas cosas. Prevalciendo, el elemento volitivo sobre el cognoscitivo, pues para que se estructure es indiferente que el sujeto se haya representado o no el resultado típico; basta con que lo haya querido y haya ordenado su comportamiento de una forma tal que le permita obtenerlo. (Jescheck, H. 267 y 268)

Haciendo esta claridad procedemos a definir el dolo eventual, dado que es la figura dogmática perteneciente al dolo que se ajustaría a la actividad médica, toda vez que el médico tiene un rol en la sociedad definida como protector de la vida, así las cosas el dolo eventual o condicionado, es la acción del galeno que se representa como probable con su conducta activa u omisiva en el acto médico que produjeran un delito en contra del paciente. Para poder establecer la autoría del médico se debe analizar la probabilidad de la creación o incremento del riesgo a que dio lugar la intervención del profesional de la salud, y qué resultado podría calcularse en el acto médico.

Las diferencias entre el dolo eventual o condicionado con el dolo directo, podría explicarse adecuadamente con un ejemplo que traen MAURACH Y ZIPF respecto del acceso carnal con una persona menor de catorce años, que en el código penal Colombiano es conducta constitutiva de delito artículo 208:

“acceso carnal abusivo con menor de catorce años”: si el autor le interese consumir la relación sexual con una mujer tan joven, actúa con dolo directo. Si sabe positivamente que la mujer con la que consume dicha relación tiene trece años de edad, sin que sea la edad la que lo induzca, actúa con dolo indirecto o de segundo grado. Si, en cambio, no sabe exactamente su edad, pero calcula que según su apariencia exterior ella puede ser menor de catorce años, entonces tiene por seriamente posible la realización y se contenta con ella: actúa entonces con dolo eventual (Maurach, Zipf p. 385)

Tabla 2 Diferencias entre el dolo eventual y la culpa o imprudencia

Fuente: Miguel Ángel Ceron y Luis Gil

DIFERENCIAS ENTRE EL DOLO EVENTUAL Y LA CULPA O IMPRUDENCIA	
<i>DOLO EVENTUAL</i>	<i>CULPA O IMPRUDENCIA</i>
SIMILITUD: el sujeto puede prever el suceso de los hechos como constitutivos de una infracción penal, y en ninguno de los casos quiere que ocurra.	
Diferencia: en el dolo eventual el autor aprueba o presta su consentimiento frente a la posibilidad de que su conducta genere hechos constitutivos de un delito. Y se formula el juicio hipotético que plantea ROBERT VON HIPPEL” ¿cómo se habría comportado el autor si hubiese sabido con seguridad que con el resultado perseguido se produce necesariamente un resultado antijurídico?” (Gimbernat Ordeig E. (p. 237).	Diferencia: en la culpa la posibilidad de la factura conducta se ve como muy lejana. Lo trascendente es el haber querido la conducta pese a conocer el peligro inherente a ella. La dificultad es cuantificar los porcentajes de posibilidades, que conforme a la teoría de la representación sería un 80% para el dolo eventual y 30% para la culpa o imprudencia.

CAPITULO III

3. IMPUTACIÓN OBJETIVA



3.1 Fundamentos

En lo concerniente a la producción de una conducta delictiva, debemos tener presente la existencia de un mínimo de la imputación, que significa la relación causal entre el hecho dañoso y un acto voluntario del autor. A esta relación causal debe complementársele con un vínculo de culpabilidad, es decir, una relación entre el evento de la vulneración al paciente y la realización voluntaria por parte del médico, pues desde *Klein y Feuerbach* la responsabilidad penal debe basarse sin excepción en la culpabilidad por la voluntad.

Si concebimos la imputación objetiva, como Feuerbach, el cual asevera que lo crucial para establecer la intención sería un sistema psico-físico, la imputación se limitará a un juicio psicológico, es decir, que se simplificaría el delito o contravención al estado metafísico y se trataría sólo de una imputación subjetiva. Si, por el contrario, tomamos la postura de Hegel el cual considera que lo indispensable es que el autor o el profesional de la salud, debe analizarlo desde un punto de vista normativo, lo que infiere que lo importante o crucial no son los sucesos “psíquicos, sino la relación normativa de la voluntad con el hecho, es decir, el incumplimiento de un deber o una lesión del deber, es decir un imputación objetiva”⁸

La responsabilidad del autor deja de estar constituida por una dependencia intelectual y material del arbitrio del hecho y pasa a estarlo por una relación normativa, basada en el incumplimiento de un deber o prudencia en el accionar. Lo relevante no radica en que el autor pudiera advertir el peligro, sino que con anterioridad decantara un raciocinio preciso del hecho futuro.

⁸ e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned...2000-6-2070/Documento.pdf.

Para fundamentar la teoría de la imputación objetiva, RUDOLPHI expone que el destinatario de la norma penal de conducta no es el hombre en su respectiva individualidad, sino el hombre de acuerdo con su naturaleza genérica en tanto que ser racional capaz de autodeterminarse y de dominar cursos causales, es decir, el concepto abstracto de hombre con capacidades normales.

En cuanto a la culpabilidad, esta no se entiende como lo hizo el naturalismo de una forma psicologizante por ejemplo, en el caso de Feuerbach a través de la intimidación mediante amenaza de pena; o, como la concepción de motivación mediante el imperativo dirigido a la conducta, o de responder a la norma o “como es el denominado predicado de “poder actuar de otro modo”. Hoy en día se considera que la culpabilidad entendida como poder individual de actuar de otro modo no es susceptible de ser constatada en el momento de realización del hecho”⁹.

3.1.1 *Posición de Garante*. La posibilidad teórica de la comisión de un delito, mediante actos no ejecutados, o en otras palabras serían actos omisivos, o como lo define la dogmática penal la omisión impropia, en el entendido, del cumplimiento de un deber legal, como es el caso de los profesionales de la salud.

El resultado derivado del no hacer, ni actuar y realizando una valoración del sustento, se entendería como hechos reprochables para el derecho penal, en consecuencia de este análisis se constituyó una institución de posición de garante, que es indispensable para ejercer juicios de reproche, sobre deberes legales y aun morales.

Desde la visión crítica, de Jakobs la “posición de garante” es en realidad una visión general entre la acción y la omisión, bien sea un acto doloso o culposo. Con respaldo en los comportamientos sociales o desempeño de roles en la sociedad como un agente de inclusión, en

⁹ studylib.es/doc/7353813/la-imputacion-objetiva-en-la-responsabilidad-penal

las relaciones interpersonales, como lo es el profesional de la salud, el cual cumple un rol de proteger la vida humana desde el campo de la ciencia médica.

En palabras de Jakobs, organiza su mundo de vida, cuenta con mayores márgenes de libertad, pero debe cuidarse de no inferir los derechos y libertades de los demás porque, en caso de hacerlo, se convertirá en garante de los bienes jurídicos que indebidamente ponga en peligro y podrá cometer delito de dominio (Jakobs. 1997 p. 11).

En este sentido se debe aplicar un concepto de la medicina, que se denomina relación médico paciente, que se inicia desde que el ciudadano ingresa, a cualquier institución solicitando, cualquier tipo de valoración, o siendo más claros imaginemos un persona que ingresa por urgencia a un hospital, desde que el paciente llega a la instalaciones médicas, el galeno de turno tiene posición de garante sobre el enfermo.

Este concepto rompe el concepto de la dogmática tradicional, ya que la posición de garante no solo se configura con la omisión impropia, la posición de garante recae sobre cualquier delito.

3.2 La Imputación Objetiva desde la Perspectiva de Claus Roxin.

EL nexo causal es el vínculo factico y jurídico de toda imputación al tipo objetivo, es decir el desarrollo de todo o parte de una conducta prohibida y la existencia de los sujeto bien sean pasivos o activos, que dicha conducta comprenda un objeto y se diversifique por ingredientes normativos y subjetivos; lo importante es determinar que la acción típica sea relevante, porque de no ser así sería una acción meramente causal.

“Para imputar al tipo objetivo un resultado causado por el agente este debió haber creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por el riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto” (Roxín, C. 1997, p. 363), de acuerdo con lo que nos indica

Roxin siempre debe existir un nexo como principio vital para imputación desde un eje normativo; sin embargo, puede desaparecer en algunos casos la imputación, si es que el alcance del tipo no estaba destinado a proteger dichos resultados y sus repercusiones.

Cuando no se crea un peligro jurídicamente relevante, esto no quiere decir que el hecho sea atípico al contrario, ya que no se le podrá imputar al agente el resultado, toda vez que faltó la consumación del hecho planeado y por ende esto conlleva a que solo se le pueda imponer una pena por tentativa en el caso de los delitos dolosos. La imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo.

Los criterios propuestos por Roxin para determinar el juicio de imputación objetiva del resultado son los siguientes: a) la disminución del riesgo; b) la creación de un riesgo jurídicamente relevante; c) el incremento del riesgo permitido y d) la esfera de protección de la norma.

La “disminución del riesgo”.- Criterio mediante el cual puede negarse la imputación objetiva en los casos de desviación de un resultado grave, que haya llevado a producir uno leve.

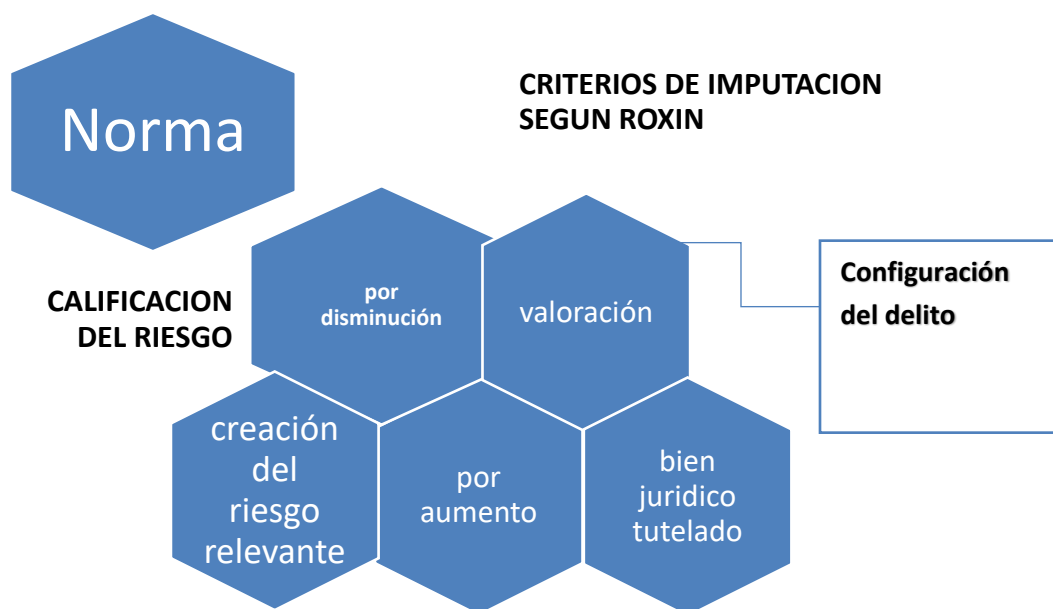


Figura 3 Criterios de Imputación según Roxin Miguel Angel Ceron

La creación de un riesgo jurídico penalmente reprochable, según los criterios de estructuración del riesgo se define previa valoración la imputación objetiva, si este hecho es considerado relevante y lesiona al bien jurídico.

“El aumento del riesgo permitido, faculta en diversos sucesos la improcedencia de la imputación objetiva cuando la conducta del galeno ha contribuido en un aumento considerable del riesgo permitido porque el resultado se hubiera producido igualmente aunque el autor hubiera actuado con la diligencia debida”¹⁰.

La aplicación de la normativa, como criterio fundamental en la valoración de la acción u omisión del médico para con su paciente o cualquier vínculo en la sociedad, es decir un autor de una posible conducta punible, obviamente sin ser un sujeto calificado podemos solucionar aquellos casos concretos en los cuales, “el autor no condiciona un incrementado al riesgo que origina un resultado vulnerador, esto no implica ser objeto de imputación, siempre que este no produzca dentro del ámbito de protección de la norma, un resultado que la norma quería evitar”¹¹.

En conclusión se sintetiza la teoría de la imputación objetiva, del siguiente modo, “un resultado causado por el sujeto que actúa, sólo debe ser imputado al causante como su obra y sólo cumple el tipo objetivo cuando el comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de acción (1) cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto (2) y cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo (3)” (Cancio, s.f., p. 52)

3.2.1 Criterios de Imputación Objetiva en el Ámbito de Creación de en Riesgo no Permitido.

La exclusión a la imputación al tipo objetivo, lo describimos así:

¹⁰ https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_35.pdf.

¹¹ https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_35.pdf



Tipo objetivo

Figura 4 Tipo Objetivo

Fuente: Miguel Ángel Cerón Tobar

En esta ilustración se puede apreciar el proceso de separación de los elementos que no conforman al tipo objetivo en relación con la teoría del riesgo permitido tales como: 1) disminución del riesgo; 2). falta la creación de peligro jurídicamente relevante; 3) creación de peligro y cursos causales hipotéticos; y, 4) casos de riesgo permitido.

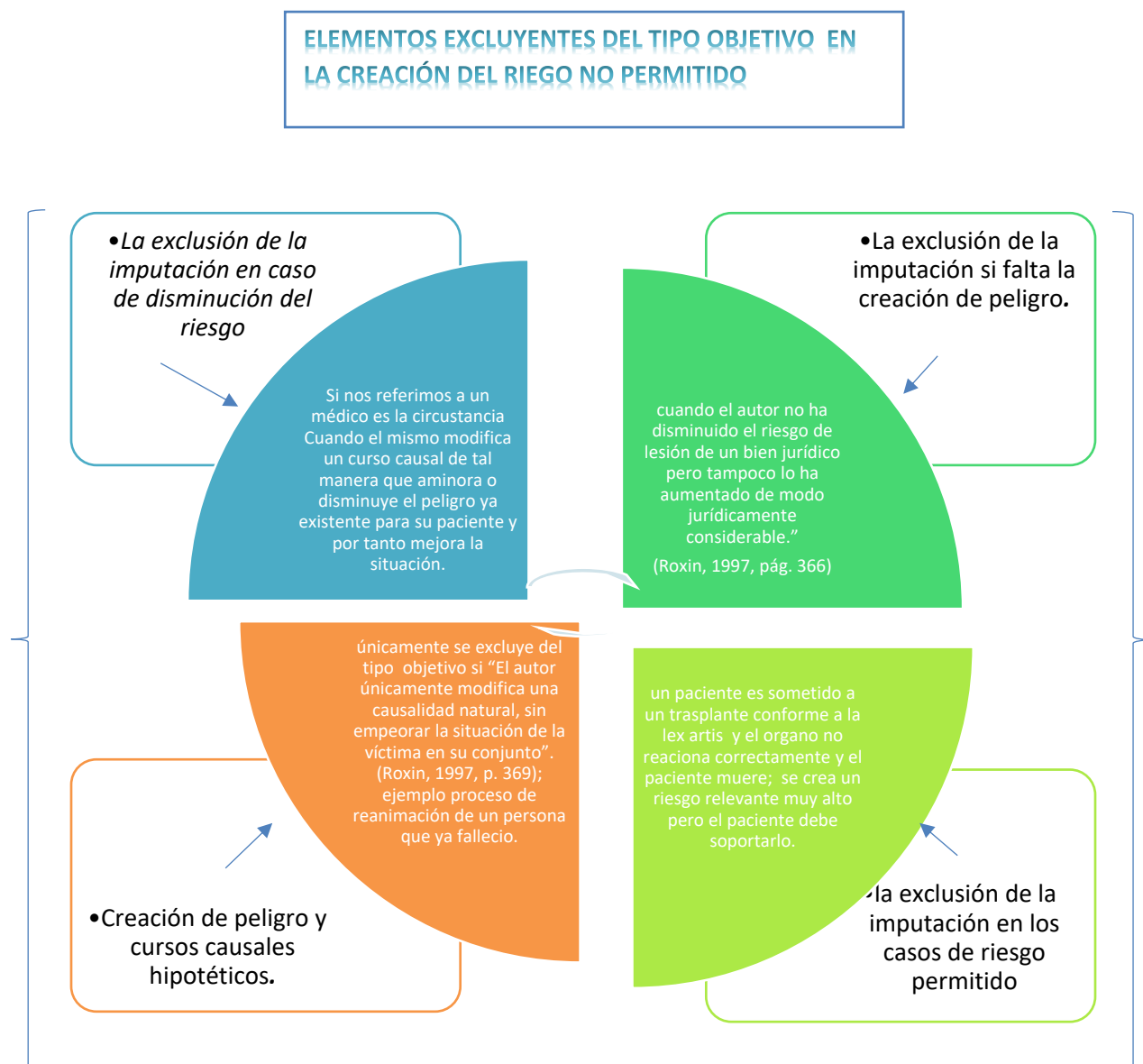


Figura 5 Elementos excluyentes del tipo objetivo en la creación del riesgo no permitido

Fuente: Hecho por Miguel Ángel Cerón Tobar

3.3 LA Imputación Objetiva Planteada Por Günter Jakobs

“El funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad.” (Jakobs, 2013, p. 9). En el marco de la teoría de la imputación objetiva se ha desarrollado una teoría de la conducta típica, que se inspira en un principio social-funcional, que determina la operatividad del delito.

La concepción de la teoría del delito para Jakobs radica en que “La imputación como forma se reconduce a los inicios de la cultura humana, pero su contenido depende del correspondiente contexto social” (Jakobs, 1997, p. 17), esto quiere decir que es la sociedad conforme su cosmovisión del delito la que establece los tipos penales, esto tiene que ver mucho con lo que definen algunos teóricos como criminología social.

En la imputación debe predominar un nexo o vínculo causal entre el sustento fáctico de la correlación de los sujetos en la conducta y un hecho social considerado reprochable, bien sea porque el sujeto activo de la conducta lo moldea o lo permite; pero esta causación no es suficiente para cimentar por sí sola la imputación. Toda vez que “La causación únicamente afecta al lado cognitivo de lo acontecido y de ahí que no aporte orientación social” (Jakobs, 1997, p. 19).

Si consideramos todas las consecuencias posibles de nuestras acciones desde el punto cognitivo la sociedad quedaría estancada, puesto que las fábricas no producirán venenos, insecticidas y mucho menos armas. Las garantías normativas no contienen todos los supuestos para evitar la totalidad de los daños posibles, sino que establecen a personas que ocupan determinadas posiciones en el contexto de interacción social, es decir la práctica de un rol como el médico eje central de esta tesis.

RESPONSABILIDAD PENAL

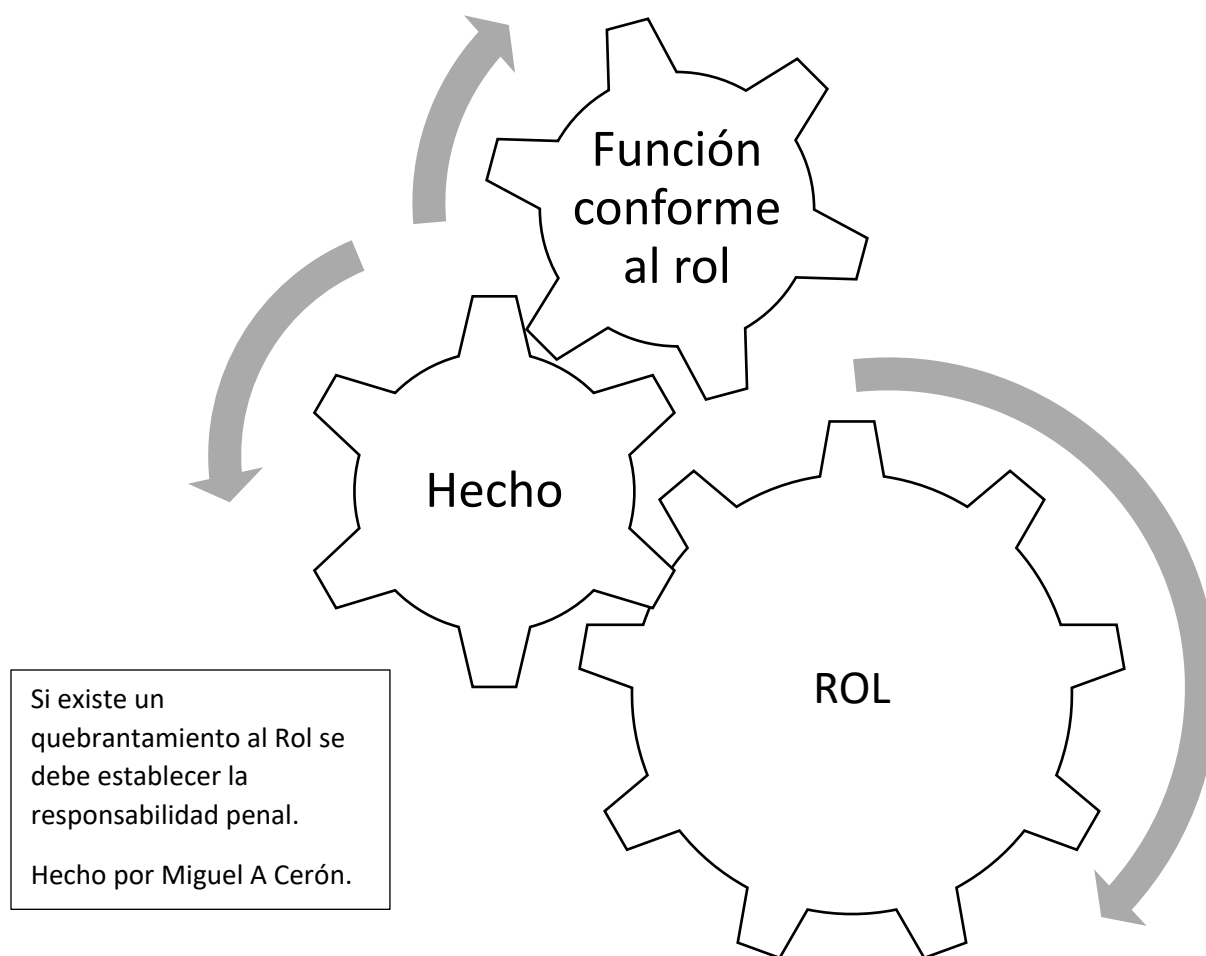


Figura 6 Responsabilidad Penal

3.3.1 Elementos Dogmáticos de la Imputación Objetiva del Comportamiento.

3.3.1.1 *Riesgo Permitido*. Así como se consagra una conexidad entre causa y efecto, los tipos penales de resultado, como elemento esencial de la imputación objetiva debe existir una correlación permanente entre el riesgo desaprobado y el riesgo realizado o consumado en el campo medicina se pueden crearse riesgos desaprobados, pero ello no es óbice para la realización de la imputación normativa. En estos eventos cierta conducta del galeno o del indiciado dependiendo

de la circunstancia de análisis el comportamiento del sujeto induce casualmente en el resultado indeseado.

Siendo precisos en el riesgo permitido no se toma en consideración escenarios de excusa, si no se considera socialmente normal, dado que esto no resuelve una rotura de bienes, puesto que no se efectúa una ponderación de intereses, por el contrario, establece los supuestos normales de interacción y no se realiza tipo alguno.

Como lo describe el jurista Jakobs Se trata “(...) de una concreción de la adecuación social”. (Jakobs, 1997, p.45). Lo que el conglomerado social considera adecuado, bien sea cuando aparece en la forma de connivencia de un riesgo, no queda legitimado por la referencia al Derecho, sino que se legitima por su propia evolución, de esta manera delegando al Derecho una función auxiliar.

Los comportamientos con efectos causales, no deben ser precedidos obligatoriamente, es entonces evitar infringir el cuidado debido. Los comportamientos que forjan riesgos permitidos son tolerados de modo general. En este orden de ideas el riesgo residuales de las cirugías en el campo médico que deben ser consumadas acorde a la *lex artis* vigente, son toleradas sin tener en cuenta si las personas que se someten a las cirugías lo hacen por necesidad o por vanidad como es el caso de algunas cirugías plásticas. A diferencia en un ámbito de la justificación, por ejemplo tienes un familiar el cual se desploma y al ser un hecho de conmoción lo primero que hacemos es llevarlo a un hospital sin percatarnos del cinturón de seguridad o la velocidad que llevamos todo conforme ese estado de necesidad que permite superar el tipo objetivo.

3.3.1.2 *Principio de Confianza*. Es considerado como el deber lícito de los sujetos o de los profesionales de la salud conforme su responsabilidad, y se debe suponer que los errores de los otros sujetos que intervienen en la realización de una actividad. Ejemplo un grupo de trabajo en

una sala de cirugía, puesto que tenemos la intervención del cirujano, anesthesiólogo e instrumentadora quirúrgica etc. Ya que en la sociedad moderna todos los participantes se encuentran en relación de dependencia. Sin este principio de confianza no serían posibles los contactos sociales ya que son altamente anónimos.

El médico es responsable de una situación de riesgo creada por él, como por ejemplo una intervención quirúrgica, el galeno cumple una función de la interacción social y al paciente le está permitido confiar en que el comportamiento de otros, es decir todo el equipo de sala de cirugía, en esa situación será cuidadosa, por cuanto son considerados sujetos responsables; de otro modo, no sería posible la división del trabajo.

El principio de confianza se presenta bajo dos particularidades. “En primer lugar, se trata de que alguien, actuando como tercero, genera una situación que es inocua siempre y cuando el autor que actúe a continuación cumpla con sus deberes” (Jakobs, 1997, p. 30), ejemplo, un médico le deja a cargo a otro médico su paciente, y esto no lesionará si trata al paciente conforme la *lex artis*. “En segundo lugar, la confianza se dirige a que una determinada situación existente haya sido preparada de modo correcto por parte de un tercero, de manera que quien haga uso de ella, el potencial autor, si cumple con sus deberes no ocasiona daño alguno, (Jakobs, 1997, p. 30) ejemplo, el cirujano confía en que los equipos de monitoreo arrojan datos reales.

También podemos argumentar que el principio de confianza tiene como consigna hacer posible la división del trabajo, se consume cuando el reparto del trabajo pierde su sentido cuando la otra parte evidencia fuertes indicios de que no realiza su trabajo conforme las exigencias de su rol o no va ajustarse al esquema de coordinación, a modo de ejemplo ya no se confía en el en estado de sobriedad, del algún miembro del equipo quirúrgico.

Lo primero que debemos mencionar es que la realización de tareas de contenido médico-quirúrgico entre varias personas es la regla general en materia médica (Reyes Albardo 1996 p 151), por cuanto se trata de una ciencia en la que existen diferentes especialidades. Viceversa, en la actualidad, la excepción sería el supuesto en el que todo el acto médico es realizado por un solo profesional. Se habla entonces del equipo médico para hacer referencia al conjunto de profesionales de la salud que intervienen en el acto médico (Yepes Restrepo 1999 p 65) . Al interior del equipo médico, algunos de sus miembros desarrollarán un rol trascendental e independiente, como sucedería en los casos del cirujano y el anestesiólogo, cuya labor es necesaria para la realización del acto médico (por ello se dice que es trascendental) y no depende de ningún otro profesional (por lo que se dice que es independiente). Así mismo, existen quienes desempeñan un papel secundario (No son imprescindibles) y dependiente (Se encuentran subordinados a los demás profesionales) como sucedería con los auxiliares, las enfermeras y el instrumentador quirúrgico. Diríamos que entre los primeros, es decir, quienes tienen un rol trascendental e independiente opera la figura del principio de confianza, por lo que cada uno puede confiar en que el otro cumplirá con su rol y en tanto que se trata de relaciones horizontales, es decir, aquel tipo de relación “que tiene lugar entre profesionales que poseen un mismo nivel de cualificación en sus respectivas ramas” (Gómez Rivero, 2003. p. 395). En el evento en que ello no suceda, no podrá imputarse el resultado a quien ha confiado en el cumplimiento del rol. Ejemplo. El médico puede confiar en que el anestesiólogo preparará y aplicará adecuadamente el compuesto anestésico y que realizará las maniobras de reanimación adecuadas cuando fuere necesario, en tanto que éstas son sus funciones. De manera que, cuando el paciente fallece debido a una deficiencia en la administración de la anestesia, ya sea en la preparación del compuesto anestésico o en su aplicación, no podrá imputarse el resultado lesivo al cirujano (Gómez Rivero, 2003. p. 413).

3.3.1.3 *Prohibición de Regreso*. Es el resultado lesivo producido causalmente con la aportación prestada por un tercero: “Un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida” o “Se trata de casos en los que un autor desvía hacia los delictivo el comportamiento de un tercero que *per se* carece de sentido delictivo” (Jakobs, G. 1997, p. 32.33). De este modo se limita el ámbito de la participación punible.

A discrepancia de lo que sucede respecto del principio de confianza, la prohibición de regreso rige incluso cuando la planificación delictiva de la otra persona es ostensible, y ello porque se trata de casos en los que una conducta constante carece de significado delictivo. Por tanto, está permitido prestar a un vecino una herramienta común aun cuando se sepa que este pretende usarla para destruir con ella una cosa ajena.

La prohibición de regreso, es la limitación de la responsabilidad en retorno, la causalidad no es efectiva para la resolución de casos concretos como por ejemplo un médico le suministra a su paciente penicilina para el tratamiento de un infección urinaria, es bien sabido que la penicilina puede causar efectos desastrosos a los pacientes alérgicos y se lo suministra a otro paciente para producirle un paro cardiorrespiratorio. En el cual es notorio el nexo causal entre la aportación inicial y el posterior resultado lesivo. Si toda persona antes de emprender una actividad, analizara las posibles consecuencias o variables de sus actos que de modo, la sociedad quedaría abrumada por funciones de supervisión.

3.3.1.4 *Acción a Propio Riesgo*. La autopuesta en peligro de la víctima se configura cuando el aparente sujeto pasivo ha infringido determinadas responsabilidades de autoprotección, esto es, cuando en pleno ejercicio de su autonomía administra su ámbito de organización de manera defectuosa. Por ello la dogmática imputa a la víctima el principio de autorresponsabilidad, en virtud del cual cada ciudadano debe responder por sus propios actos, “el caso más conocido es el

del consentimiento. Pero también el infortunio de la víctima se reconoce a veces como única posibilidad de explicación: tratándose de un curso lesivo no cognoscible para ninguno de los intervinientes, solo queda la desgracia como explicación”. (Jakobs, 1996, pag.34)

“Cuando el autor se ha comportado conforme a su rol y es conocedor de las consecuencias lesivas de su comportamiento puede afirmar frente a la víctima que dichas consecuencias son asunto de ella”. (Jakobs, 1997, pág.34), un ejemplo de ello es, cuando un médico se niegue a iniciar un tratamiento experimental en un paciente con cáncer en fase terminal cuando ello ya no está indicado medicamente. En este caso, aunque no iniciar un tratamiento experimental, es decir un actuar negativo, tenga efectos casuales sobre la muerte del paciente, el médico se mantiene dentro de su rol y no se arroga una organización ajena; por el contrario, constituye una desgracia del paciente el hecho de estar organizado de una manera propensa a sufrir el daño.

Otros supuestos en lo que la víctima con su propio comportamiento da la razón para que la consecuencia lesiva le sea imputada, casos en los que la modalidad de explicación no es la desgracia, sino un deber de autoprotección o incluso la propia voluntad; las infracciones de los deberes de autoprotección y la voluntad se agrupan bajo el rótulo de “acción a propio riesgo” (Jakobs, 1997, pág.35.

CAPÍTULO IV

4. LA CREACIÓN DEL RIESGO DESAPROBADO



4.1 Noción

Como se ha dicho anteriormente, para que sea procedente la imputación objetiva del resultado del profesional de la salud debe verificarse la creación de riesgos jurídicamente desaprobados y la concreción de estos riesgos en resultados descritos por la norma penal. (Hirsch, Muñoz, García, 1991)

En el presente capítulo nos ocuparemos del primero de estos requisitos, a saber, la creación de peligros desaprobados. Teniendo en cuenta que el presente trabajo de grado versa sobre la responsabilidad médica bajo la teoría del riesgo permitido en el sistema penal colombiano la ilustración trata sobre esta especialidad.

Es evidente que el siglo XXI ha sido de grandes avances tecnológicos que posibilitaron y garantizaron una mejor calidad de vida a los habitantes, pero en esta misma medida los riesgos se incrementaron. El solo hecho de suponer una vida sin estos desarrollos tecnológicos es en la actualidad imposible, en la medida que los beneficios en todos los ámbitos de nuestras vidas son súper importantes. (Reyes & Bacigalupo, 1999)

Pues bien, es precisamente la ponderación entre el riesgo que supone determinada actividad y los beneficios que de la misma se derivan la que permite determinar si un peligro debe aprobarse o por el contrario desaprobarse (Reyes, 1996, p. 113.) La regla general es que en la medida en que una actividad riesgosa genere beneficios a gran parte de la sociedad, deberá permitirse su realización dentro de los parámetros que permiten no evitar totalmente la producción de resultados

lesivos para bienes jurídicamente tutelados, sino en la medida en que minimizan las posibilidades de producción de este tipo de resultados (Bacigalupo, 1999, p. 273).

En esta medida, actividades como el uso de armas por parte de la fuerza pública (policía o ejército nacional), o por parte de personas naturales ajenas a estas entidades, no se puede erradicar su uso pero si se podría limitar, pues los beneficios que las mismas reportan son innegables y benefician a un gran sector de la población. Ante la imposibilidad de erradicar este tipo de actividades, lo procedente es establecer una serie de medidas preventivas que minimicen las probabilidades de producción de resultados lesivos para bienes jurídicos tutelados.

La consecuencia de determinar el riesgo permitido salta a la vista, pues en aquellos eventos en los que se produzcan resultados lesivos para bienes jurídicos tutelados obrando dentro del riesgo permitido, la conducta escapará al derecho penal por la vía de la atipicidad. La justificación de la impunidad por vía de la atipicidad de los resultados ocasionados obrando dentro del riesgo jurídicamente permitido es la armonía que debe existir en el ordenamiento jurídico, en tanto que, como conjunto armónico que es, no podría, a la vez, tolerar una actividad que se desarrolla bajo los límites mínimos de cuidado y penalizar los resultados que se produzcan realizando lícitamente por la actividad (Reyes, 1996, p. 113).

Un gran ejemplo de ellos sucede en el caso de los profesionales de la salud, si bien muchos de los procedimientos médicos se encuentran ampliamente decantados (piénsese en el caso de una cirugía) es inevitable que en ejercicio de la misma se produzcan resultados lesivos para los pacientes de los galenos. Sin embargo, resultan indiscutibles los beneficios que para la humanidad reporta esta noble profesión, en tanto que se encarga de la supervivencia misma de nuestra especie dentro de unas condiciones mínimas de salubridad.

Así pues que ante la imposibilidad de proscribir el ejercicio de la medicina, lo procedente es regular esta profesión bajo los límites del riesgo jurídicamente permitido, de manera que se minimicen las posibilidades de peligros implícitos a este tipo de profesión se materialice en los resultados violatorios de los bienes jurídicamente tutelados de conformidad con las leyes preexistentes del sistema penal colombiano.

·Sin embargo, en criterio de algunos autores las actuaciones médicas conformes a la *lex artis* “no operan como excluyentes de la tipicidad sino que se trata de casos de estricto cumplimiento de un deber legal que por ende afectarían la antijuridicidad”. (Bouzat, & Pinatel, 1963, p. 289)

4.2 Fuentes del Riesgo Permitido en Materia de Responsabilidad Penal Médica

La ciencia a medida que se desarrolla, va decantando los procedimientos a aplicar para la solución de los problemas que se plantean al interior de sus actividades a desarrollar. En esta medida, cada ciencia, cada oficio (Bghst & ROXIN, 1997, p. 1001), o cada arte va determinando las reglas que se deben observar para que en su ejercicio se eviten en la mayor medida posible resultados lesivos para bienes jurídicamente tutelados.

Toda la actividad del profesional en la salud o del galeno en los procesos que se van decantando generan unas reglas del arte al momento de desarrollarlas, las cuales reciben el nombre de *lex artis ad hoc*. Como anteriormente hemos dicho, para realizar de manera completa el juicio de imputación objetiva, se necesita, primero, establecer, la infracción a la *lex artis ad hoc* por parte del profesional de la salud (la imputación de la conducta), es decir que se delimita la responsabilidad penal médica por el resultado cometido en el tipo objetivo, y, segundo, que esa infracción a la *lex artis ad hoc* causó un resultado lesivo para los bienes jurídicamente tutelados del paciente conllevando así a la imputación del resultado.

Para hacer la imputación del resultado en los delitos imprudentes en la responsabilidad penal médica hay que tener en cuenta los siguientes aspectos, sobre la transición desde la imputación del delito culposo como una forma de culpabilidad generada en la imprudencia, la negligencia o la impericia que regía en el sistema de “responsabilidad penal reglado por el Decreto Ley 100 de 1980 (artículo 37) y se apoyaba exclusivamente en la teoría de la causalidad, hacia la imputación jurídica del resultado de los injustos imprudentes conforme al dogma de la imputación objetiva basado en la infracción al deber objetivo de cuidado” (Castro, 2013, *Sentencia 38904*) y recogido en el actual canon 23 de la Ley 599 de 2000, la sentencia del 22 de mayo de 2008 proferida por esta Corporación, radicación 27.357, resulta ser apropiada para comprender los presupuestos actualmente necesarios para la atribución penal del resultado lesivo de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal, que admiten la responsabilidad culposa, la que en su parte más representativa señala:

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

En la doctrina penal contemporánea, la opinión dominante considera que la realización del tipo objetivo en el delito imprudente (o, mejor dicho, la infracción al deber de cuidado) se satisface con

la teoría de la imputación objetiva, de acuerdo con la cual un hecho causado por “el agente le es jurídicamente atribuible a él si con su comportamiento ha creado un peligro para el objeto de la acción no abarcado por el riesgo permitido y dicho peligro se realiza en el resultado concreto” (CSJ SP sentencia radicado 27338 de 2007 magistrado ponente Julio Enrique Socha Salamanca). Lo anterior significa que si la infracción al deber de cuidado se concreta en el desconocimiento de la norma de cuidado inherente a actividades en cuyo ámbito se generan riesgos o puesta en peligro de bienes jurídicamente tutelados, es necesario fijar “el marco en el cual se realizó la conducta y señalar las normas que la gobernaban, a fin de develar si mediante la conjunción valorativa ex ante y ex post, el resultado que se produjo, puede ser imputado al comportamiento del procesado” (CSJ Sentencia, radicado 27357 de 2008 magistrado ponente Julio Enrique Socha Salamanca).

En otras palabras, frente a una posible conducta culposa, el juez, en primer lugar, debe valorar si la persona creó un riesgo jurídicamente desaprobado desde una perspectiva ex ante, es decir, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente situado en la posición del autor, a lo que habrá de sumársele los conocimientos especiales de este último, el hecho sería o no adecuado para producir el resultado típico. (Castro, 2013, Sentencia 38904)

Por el contrario, en los eventos en que se verifique el cumplimiento de la *lex artis ad hoc*, por parte del profesional de la salud, será improcedente la imputación de los resultados que se llegaren a ocasionar (Jacobs año 2002 p. 348). De igual manera, quien interrumpe un tratamiento conducido por otro médico y asume la conducción del tratamiento, en definitiva, está asumiendo el riesgo, haciendo renunciar al paciente a otra clase de protección, cuestión que lo hace responsable en los términos del riesgo asumido, en este sentido:

El galeno asumió un riesgo y debe evitar la consumación de un resultado lesivo –frustrarlo es su objetivo- o, al menos, poner al servicio del enfermo sus actualizados conocimientos para

lograr esa finalidad. Esa asunción de riesgo le impone ser él mismo el continuador de la acción de salvamento emprendida, cuestión que si interrumpe de manera inadecuada lo convierte en responsable del mayor riesgo –y consecuente resultado- que genere.

Por tal motivo, si no se encuentra en condiciones fácticas o técnicas de prestar un servicio eficaz para conjurar el mal debe colocar al paciente en un centro de mayor complejidad o ante un profesional que, durante el lapso de tiempo que el enfermo se encuentre bajo su órbita (sic), se entiende que ha asumido el riesgo de su cuidado. (Chaia, 2006. p. 71)

“Es de este modo claro que la obligación del galeno de actuar con el cuidado que el ordenamiento le impone para evitar la creación o intensificación de un riesgo innecesario –fuera del admitido en la praxis- y la consecuente realización de un daño relacionado con la fuente de riesgo que debe custodiar, determina la asunción de la posición de garante que se materializa en no ejecutar ninguna conducta que perturbe la idoneidad del tratamiento médico especializado que la ciencia y las normas jurídicas mandan en cada evento o, en otras palabras, en adecuar su comportamiento al cuidado que le es debido de acuerdo con las fórmulas generales de la actividad” (CSJ Sentencia Radicado 38904 de 2013).

De esta manera, si la conducta del médico, no obstante crear o aumentar un riesgo se manifiesta dentro del ámbito del peligro que la comunidad normativa ha edificado como límite a la práctica médica respectiva y, en todo caso, se produce el resultado infausto o, si consolidado el daño –agravación de la condición clínica primaria, por ejemplo- el galeno respeta las pautas o protocolos tendiendo a aminorar los riesgos propios de la intervención corporal o psíquica o, si pese a la creación o, incremento del peligro permitido, la acción comisiva u omisiva no se representa en un resultado dañino derivado necesariamente de aquella y relevante para el derecho penal o “en todo caso, este se realiza por fuera del espectro de protección de la norma, o se constata que no había

un comportamiento alternativo dentro del ámbito de guarda del bien jurídico que hubiera podido impedir la consumación censurada, no habrá lugar a deducir el delito de omisión impropia, también llamado de comisión por omisión” (CSJ Sentencia radicado 8759 de 2016, Magistrado Ponente José Luis Barceló Camacho).

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

Y es que si hay una actividad peligrosa en la que se debe consentir la existencia de un riesgo permitido, esa es la medicina. En verdad, se admite cierto nivel de exposición

Al daño inherente a su ejercicio, en tanto se trata de una ciencia no exacta cuya práctica demanda para el colectivo social la necesidad de aceptar como adecuada la eventual frustración de expectativas de curación o recuperación, siempre que no se trascienda a la estructuración de una aproximación al daño evitable o no tolerado.

En esa medida, se debe ser muy cuidadoso al establecer si una conducta superó o no el riesgo permitido. Sobre el particular, ROXIN señala que este aspecto marca el punto desde el que se avanza a la edificación de la imprudencia. Con ese propósito, si bien en algunos casos eficiente suele ser la revisión del cumplimiento de las reglamentaciones sanitarias que rigen determinada práctica, atendiendo el carácter dinámico de esta ciencia y la multiplicidad de actividades terapéuticas y asistenciales que para el tratamiento de cada patología coexisten, lo indispensable

es acudir a los parámetros de la *lex artis* –objetivos, consensuados, vigentes y verificables- y determinar, si el método o técnica científica aplicada por el galeno, así parezca “ortodoxo o exótico –que no experimental o improvisado y en todo caso avalado por la comunidad científica- , satisfizo la expectativa de recuperación, curación o aminoración de la aflicción, trazada desde un inicio y si por consiguiente, el bien jurídico protegido se mantuvo a salvo” (CSJ Sentencia radicado 8759 magistrado ponente BARCELÓ CAMACHO, JOSÉ LUIS). En esta medida tenemos, en materia de responsabilidad penal médica, las fuentes del riesgo permitido, o, lo que es lo mismo, los componentes de la *lex artis* ad hoc que son las siguientes:

- A. Leyes
- B. Guías y protocolos de manejo
- C. Literatura científica
- D. Baremo

A. Leyes

En Colombia la actividad médica del profesional de la salud se encuentra regulada por la legislación del ordenamiento jurídico de manera muy precaria, en este ordenamiento encontramos leyes que son la *fuentes primaria* de lo que constituye riesgo permitido y, por ende, es la primera fuente que debe consultarse a la hora de evaluar el comportamiento del profesional de la salud (Jaramillo, 2002, p. 81):

- La Ley 14 del año 1962, la cual define la medicina y establece los criterios para su enseñanza y ejercicio.
- La Ley 23 de 1981, conocida también como *Código de Ética Médica*.

- El Decreto 3380 de 1981 (Reglamentario de la Ley 23 de 1981) en que se encuentran de manera específica algunas indicaciones sobre el tratamiento médico.
- Las Leyes 6 de 1991, Ley de Anestesiología.
- La ley 911 de 2004 sobre enfermería.
- La ley 919 de 2004 sobre componentes humanos,

Entre otras, que conformarán el marco normativo referente a la actividad médica en Colombia.

B. Guías y Protocolos de Manejo

Ante la gran incertidumbre que genera la poca legación interna de praxis médica en Colombia, cada una de las instituciones prestadoras del servicio de salud (IPS) expide los denominados protocolos de manejo, en los que se estipulan estos protocolos en donde se denomina como se deben atender las diferentes situaciones que se presentan al interior de estas instituciones, un gran ejemplo, al interior de estas instituciones se tienen estandarizados los rangos de urgencias y citas prioritarias así los pacientes que se encuentren dentro de estos rangos tienen atención inmediata; Los protocolos se elaboran y tiene la siguientes funciones:

- Es necesario dejar claro que dichos protocolos de manejo en la salud, se elaboran por los especialistas adscritos a las diferentes instituciones de salud, usualmente agrupados en unidades en el interior del establecimiento. (V. gr. Unidad de cardiología, unidad de pediatría).
- En segundo lugar, estos protocolos de manejo varían de entidad en entidad, en tanto que para su elaboración se tienen en cuenta situaciones igualmente variables de entidad en entidad tales como la disponibilidad de equipos, la capacidad de atención, etc.
- En tercer lugar, cuando estos procedimientos se unifican las instituciones estatales expiden protocolos unificados, denominados guías de manejo.

- En cuarto lugar, debemos señalar que los protocolos y guías de manejo son supletorias frente a la Ley, por lo que a ellos se acude únicamente cuando un procedimiento no ha sido regulado por una ley (V. gr. Ley de enfermería, Ley de anestesiología) sin que puedan aplicarse cuando el evento se encuentre regulado en una Ley.

En últimas estos protocolos de manejo a la salud no deben desconocer el orden normativo del sistema jurídico colombiano es decir no deben transgredir normas con orden de supremacía jerárquica (pirámide del Hans Kelsen), entre otras cosas, entendemos que existe, en materia de fuentes de riesgo permitido, un sistema jerárquico de fuentes. Dichos protocolos de manejo depende de tanto en la actualización, proyección o desarrollo de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), contraladas por la Superintendencia de Salud quien tiene la facultad de regular, además en desarrollo de su labor de inspección, vigilancia y control, la vigilancia sobre la actualización, pertinencia y alcance de los mismos protocolos.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Facultades jurisdiccionales conferidas por la Ley 1122 de 2007 para dirimir controversias entre entidades promotoras de salud y los usuarios en relación con garantías de prestaciones incluidas en los planes.

En relación con la garantía de prestaciones incluidas en los planes, cabe señalar que “recientemente el legislador (Ley 1122/07 art. 41) confirió a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para adelantar procedimientos, con las facultades propias de un juez, que resuelvan mediante fallo en derecho, algunas controversias entre las entidades promotoras en salud (o entidades que se les asimilen) y sus usuarios” (C. Constitucional sentencia T1078 DE 2007).

En casos excepcionales, en nuestra cotidianidad se ha vivido y resulta muy interesante que los protocolos médicos no definen un tratamiento o procedimientos nuevos para las diferentes enfermedades o patologías que se crean con gran vigor en la sociedad, en esta situación es evidente que el médico como última vía de protocolos o guía puede acordar con los pacientes o enfermos experimentos que no excedan el riesgo permitido, para buscar una cura de dicha enfermedad de la mejor manera.

Ejemplo: La quimioterapia presenta una posibilidad de éxito del 70% cuando el cáncer es detectado a tiempo. El médico le plantea al paciente aplicar un procedimiento experimental cuya efectividad en etapas previas a la metástasis es del 80%. El paciente accede a la oferta del médico, y acepta el tratamiento experimental. El tratamiento no es exitoso y el paciente fallece posteriormente.

En el presente nos derivamos frente a la discusión entre las corrientes paternalistas y las corrientes de la autonomía en materia de consentimiento informado.¹²

En esta forma, las corrientes paternalistas parten de un hecho que entendemos indiscutiblemente, la diferencia que de entrada se produce en el acto médico quirúrgico entre profesional de la salud y paciente, en tanto que el primero dispone de conocimientos y destrezas para aliviar, curar o prevenir las dolencias o enfermedades que aquejan al segundo y en últimas la protección de los derechos jurídicamente tutelados de éste, quien, además de encontrarse en una situación que compromete su bienestar, adolece de los conocimientos para entender su estado y se encuentra aquejado por esa incertidumbre frente a su situación actual y los riesgos para su salud y

¹² Sobre la discrepancia entre las corrientes paternalistas y las corrientes de la autonomía, puede consultarse la sentencia del Tribunal Nacional de Ética Médica del 1º de marzo de 1995. Es importante señalar que en esta providencia el Tribunal encuentra una disparidad entre los juristas que abogan por un concepto autonomista y los profesionales de la salud, más propensos a un concepto paternalista.

su vida, es evidente que en últimas el paciente se encuentra en una situación de inferioridad en contra pesos con el médico quien es el profesional y sabe los riesgos que se corren con tal decisión.

Este desequilibrio, desde la perspectiva de las corrientes paternalistas, debe resolverse mediante el establecimiento, por vía normativa de los procedimientos o protocolos, de manera que se otorga así una protección legal del paciente, en la medida en que es la Ley la que establece los procedimientos que deberán aplicarse en el caso en concreto para mejorar su bienestar y estas leyes no se encuentran sujetas a transacción entre particulares, es decir no es potestativo del médico ni del paciente el procedimiento particular del tratamiento, en este sentido el galeno no debe discutir el procedimiento con su paciente debe asegurar por la propinación de salvaguarda la salud, el bienestar y lo más importante la vida del paciente.

En aquellos eventos en que la ley en sentido material no establezca los procedimientos a aplicar al paciente, de acuerdo con esta postura, es el médico quien debe elegir el procedimiento por seguir, en la medida en que se entiende que la opinión del paciente es irrelevante para estos efectos. Ello porque se parte de dos consideraciones, como son, por una parte, el entender que al paciente como un sujeto incapacitado que, al carecer de los conocimientos adecuados para resolver su situación, no puede tomar las decisiones que beneficien su propia salud, y, por otra, el comprender al profesional de la salud como quien dispone de los conocimientos necesarios para curar la situación que aqueja al usuario del sistema de salud, por lo que le asiste la obligación de evitar que el paciente tome decisiones que atenten contra su propia existencia.

Es de esta manera que en su artículo 16 de la Ley 23 de 1981 (por la cual se dictan normas en materia de ética médica), dispone que “la responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efectos del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados.”

Y de acuerdo con el artículo 13 del Decreto 3380 del mismo año, se prevé que “Teniendo en cuenta que el tratamiento o procedimiento médico puede comportar efectos adversos o de carácter imprevisible, el médico no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica médica al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico”.

Una lista no exhaustiva, por supuesto de las precauciones que con carácter general debe atender el profesional de la medicina se podría integrar con las obligaciones de:

i) *Obtener el título profesional que lo habilita para ejercer como médico y especialista o su especialista en determinada área, lo que no significa que la posición de garante surja natural de la simple ostentación de aquel, pues se demanda la asunción voluntaria del riesgo, o sea de la protección de la persona.*

ii) *Actualizar sus conocimientos con estudio y práctica constante en el ámbito de su competencia.*

iii) *Elaborar la historia clínica completa del paciente, conforme a un interrogatorio adecuado y metódico iv) hacer la remisión al especialista correspondiente, ante la carencia de los conocimientos que le permitan brindar una atención integral a un enfermo, v) diagnosticar correctamente la patología y establecer la terapia a seguir*

iv) *Informar con precisión al sujeto, los riesgos o complicaciones posibles del tratamiento o intervención y obtener el consentimiento informado del paciente o de su acudiente.*

v) *Ejecutar el procedimiento –quirúrgico o no- respetando con especial diligencia todas las reglas que la técnica médica demande para la actividad en particular.*

vi) *Ejercer un completo y constante control durante el postoperatorio o pos tratamiento, hasta que se agote la intervención del médico tratante o el paciente abandone la terapia.*

Por otra parte, las tendencias de la autonomía abogan por el respeto de las decisiones individuales que tome el paciente aun cuando las mismas puedan resultar en lesiones para su propia integridad. Partiendo del principio de la libertad y del de la autorresponsabilidad, sostienen quienes siguen estas tesis que no es necesario que quien toma decisiones sobre su integridad tenga total claridad sobre las alternativas terapéuticas a su situación y los riesgos que de ello se puedan derivar. En la actualidad consideramos que se presenta una simbiosis entre las dos tesis, en la medida en que se ha ido regulando cada vez con mayor detalle la institución del consentimiento informado, cuyo contenido no podrá ser desconocido por la voluntad de las partes, pero se reconoce la autonomía del paciente en la elección del tratamiento a aplicar para su situación en concreto.

Un gran ejemplo de ello se evidencia en la Sentencia T-476 del año 2016: consentimiento del paciente plenamente capaz-renuncia a transfusión de sangre de testigo de Jehová.

“La negativa del demandante de aceptar que se le practique una cirugía de reemplazo de válvula aórtica con transfusión sanguínea, en razón de sus creencias religiosas, constituye una clara expresión de su autonomía individual, materializada en un acto razonado, libre y espontáneo, acogido producto de la información que le suministró su médico tratante de manera clara, detallada completa e integral sobre las alternativas existentes para tratar la enfermedad que padece.

Por consiguiente, ni el especialista tratante, ni la EPS, ni el juez constitucional pueden desconocer tal manifestación y, menos aún, imponer su criterio, en tanto que proviene de la voluntad del paciente, expresado de manera consciente, como titular del derecho fundamental a la libertad religiosa y al libre desarrollo de la personalidad. Acorde con ello, para es claro que, en ejercicio de tales garantías, el accionante puede rechazar, bajo su propio riesgo y

responsabilidad, la práctica de cualquier procedimiento o tratamiento médico que requiera con necesidad” (Guerrero, L., 2016 Sentencia T – 476)

En tal sentido la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en afirmar que la protección constitucional del derecho a la salud implica, entre otras cosas, garantizar el derecho de la paciente a obtener información oportuna, clara, detallada, completa e integral sobre los procedimientos y alternativas en relación con la atención de la enfermedad que se padece y abarca, en tal sentido, la necesidad de asegurar un consentimiento informado del/de la paciente así como su derecho a que - una vez determinadas las alternativas existentes para su curación, tratamiento paliativo o mitigación del dolor y explicados los riesgos que con tales alternativas se ligan -, pueda optar de modo libre y autónomo porque se le practique o no el tratamiento prescrito (Sierra, H., 2008, Sentencia T – 216).

La jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional en sede de tutela ha enfatizado asimismo la necesidad de que las personas profesionales de la medicina adopten medidas que estén a su alcance para mejorar la calidad de vida de los/las pacientes y evitar que se vean sometidos (as) a extremos sufrimientos y dolores. Un repaso de algunas de las sentencias más relevantes en torno a estos tópicos confirmará lo dicho.

En la sentencia T-401 de 1994 le correspondió a la Corte Constitucional resolver si se habían o no vulnerado los derechos constitucionales fundamentales de una persona quien a raíz de una deficiencia renal crónica había sido tratada por medio de un sistema ambulatorio conocido como diálisis peritoneal consistente en “el intercambio de soluciones líquidas y electrólisis llevada a cabo por un dispositivo externo que se introduce en la cavidad abdominal.” El peticionario de la tutela había sido atendido en la Clínica de los Seguros Sociales, Seccional Cundinamarca. “Allí le habían procurado el tratamiento y le habían suministrado los implementos así como los

medicamentos que requería mensualmente previa autorización del médico tratante” (C. Constitucional sentencia T 216 DE 2008)

En el transcurso del tratamiento se comenzó a deteriorar la relación médico paciente. El médico le reprochó al paciente el no haber sido puntual con el cumplimiento de las citas médicas y resolvió prescribirle un tratamiento más estricto “hasta el punto de exigirle la presentación y el conteo, en la clínica misma, de los recipientes vacíos que contenían los líquidos usados en el tratamiento. En una ocasión el peticionario se negó a realizar este procedimiento, motivo por el cual el médico decidió enviarlo, sin advertirle de qué se trataba, a la Unidad de Salud Mental, para someterlo a una valoración por parte del psiquiatra y la psicóloga de la Clínica.

El problema jurídico que se planteó la Corte en aquella ocasión fue el siguiente. En primer lugar, consideró la Sala de Revisión que debía determinar si el paciente se encontraba en condiciones síquicas de manifestar su consentimiento sobre el tratamiento, esto es, que debía indagar sobre los alcances de la libertad y la autonomía en relación con aspectos relativos a la garantía del derecho a la salud. Luego, estimó que resultaba indispensable responder si en caso de desavenencias entre el médico y el paciente acerca del tipo de tratamiento que debe aplicarse en un caso determinado puede el médico “decidir y prescribir el sistema que considere más adecuado, aún en aquellos casos en los cuales el enfermo no está de acuerdo con la decisión tomada”.

Para resolver estos interrogantes dividió la Sala en cuatro partes sus consideraciones: “el supuesto fáctico del estado psíquico del peticionario. Posteriormente se analizará el tema de la autonomía en la relación médica, como el asunto esencial llamado a resolver. Un tercer punto tratará los antecedentes jurisprudenciales relativos a la relación médico paciente y, finalmente, en un último apartado se analizará el caso concreto a la luz de los postulados obtenidos en el desarrollo previo.” Dado que en el caso sub examine tiene un particular interés el tema relativo a la autonomía

del/de la paciente y al deber de apoyo, comunicación, información y asistencia en la relación médica, esta Sala de Revisión hará una síntesis de los principales puntos tratados por la Corte en la referida sentencia y en otras sentencias que se mencionarán a continuación.

De una parte, destacó la Corporación la importancia de garantizar una comunicación fluida entre médico (a) y paciente, algo que, insistió, se resalta de modo especial en los manuales de ética médica así como en los textos de bioética. Destacó que los tratamientos para recuperar la salud debían ser considerados como globales y complejos y recalcó la importancia que adquiere el elemento discursivo en la relación médico (a) paciente. Dijo al respecto que:

“la comunicación entre médico y paciente no sólo es importante desde el punto de vista del respeto de la dignidad humana, sino también desde la perspectiva terapéutica. El [la] paciente necesita, además de querer la curación, creer en ella y en la capacidad de la medicina y de su agente para lograrla. (...) En la sociedad secularizada actual, los médicos cumplen una labor que antes correspondía en buena parte a los sacerdotes: la función de escuchar, comprender, aconsejar y aliviar. Por eso su tarea es integral. No se reduce al conocimiento instrumental, de tipo clínico, sino que debe tener en cuenta el ser humano, con sus vicisitudes, en su contexto social y familiar.”
(Cifuentes, 1994, Sentencia T – 401)

Señaló que si bien era cierto en el momento de adoptar decisiones en torno a cuáles eran los medios indispensables para recuperar la salud – lo que durante mucho tiempo se creyó no era del resorte de los(as) pacientes – en las tiempos actuales tal visión, paternalista en exceso, ha sido reemplazada por otra en la que los valores relacionados con la autonomía personal del paciente cobran particular relevancia al estar estos valores conectados con los principios de dignidad y autodeterminación de las personas.

En la referida sentencia T-401 de 1994, hizo alusión la Corte al concepto de autonomía como una de las manifestaciones del principio general de libertad consignado en la Constitución Nacional (artículos 13, 16 y 28) y sostuvo en esta misma línea de orientación que “el derecho específico de la autonomía del/de la paciente que lo/la faculta a adoptar decisiones relativas a su salud, emanaba precisamente del principio general de libertad.

Admitió la Corte no obstante, que esta era una afirmación general y no resolvía, por tanto, todas las dificultades presentes en cada caso concreto. Dependiendo de las circunstancias de cada asunto específico surgían interrogantes adicionales que no podían ser subsumidos bajo una regla general y debían ser estudiados de modo concreto: ¿cuáles son, por ejemplo, los alcances que debe dársele a la autonomía de personas con limitaciones psíquicas o mentales cuando se trata de adoptar decisiones sobre su propia vida? ¿Es factible que el Estado imponga decisiones que restringen la autonomía de las personas bajo el argumento de evitarles que incurran en actuaciones “que objetivamente perjudican su salud o integridad física?”

La Corte hizo un recuento de los enfoques más representativos y analizó, de una parte, el punto de vista que denominó autonomista, esto es, aquella óptica orientada a defender “las decisiones personales incluso cuando se toman de manera imprudente o en perjuicio de la salud.” Manifestó en relación con lo anterior lo siguiente:

“Esta perspectiva considera peligrosa la posibilidad de reservar un derecho de intervención en aquellos eventos en los cuales el médico piensa que el paciente ha tomado la opción equivocada.

El principio de autonomía permanece incólume aun cuando la persona elige de manera consciente un camino que no conduce al beneficio de su mejor interés. Esto es lo que en filosofía se conoce como "voluntad débil". El derecho de los fumadores, por ejemplo, se funda en este tipo de justificación. No obstante la certeza del mal que produce el consumo de cigarrillo, se supone

que el valor de la autonomía está por encima del perjuicio que pueda derivarse de la opción escogida. /Según esta tesis, no es necesario, por lo menos en principio, que la persona tenga conciencia exacta de cuáles son sus mejores intereses y que tenga claridad sobre los riesgos que acarrea la decisión que toma.” (Cifuentes, 1994, Sentencia T – 401)

Explicada la autonomía en esos términos, acentuó la Corte, resulta factible que cada quien pueda hacerse responsable de su vida de conformidad con su propia personalidad. Permite que las personas guíen sus propias vidas y puedan optar por aquello que tengan razones para valorar. Con ello no se pasa por alto que en ocasiones las personas podrán incluso tomar decisiones que reflejen “su debilidad, indecisión, capricho, o simple irracionalidad.” Lo que se logra es, más bien, independizar “el valor de la autonomía, de las consecuencias que produce su ejercicio en una situación específica.

De esta forma se evidencia que en Colombia el desarrollo del consentimiento informado y el creciente número de sentencias provenientes de los altos tribunales en los que se establecen los requisitos del consentimiento informado, como prueba de la regulación de esta institución. Como reconocimiento de la relevancia de la autonomía del paciente encontramos el que en nuestros sistemas se reconoce, legal y jurisprudencialmente, el derecho que le asiste al paciente a negarse a la recepción del tratamiento, lo cual sería inviable si se aplicasen a ultranza los postulados de las corrientes paternalistas.

Para resolver la cuestión planteada, esto es, la no aplicación de las medidas terapéuticas establecidas normativamente y el acuerdo sobre la aplicación de una medida experimental entre el médico y el paciente, para señalar que la prohibición de la experimentación en pacientes persigue evitar la experimentación carente de fines terapéuticos. Por el contrario, en el evento en que la experimentación persiga un fin terapéutico, en criterio de Montealegre, cuando la experimentación

tenga fines terapéuticos no habrá creación de riesgos desaprobados al respecto, consideramos que la normatividad colombiana es bastante clara a la hora de prohibir la experimentación terapéutica en pacientes y a la hora de exigir el acatamiento de la normatividad por parte del profesional de la salud, por lo que entendemos que cuando el médico, aun obrando con inanidad terapéutica, elude las reglas de la *lex artis* para experimentar con el paciente, está creando un riesgo desaprobado, lo cual no representa por sí mismo la responsabilidad del profesional de la salud, siendo necesario verificar la realización del riesgo para completar la imputación del resultado lesivo del bien jurídico tutelado del paciente.

Sin embargo, la experimentación puede estar justificada en virtud del estado de necesidad cuando a ella se acuda como una solución al cuadro patológico que presenta el paciente.

C. Literatura Científica

En los momentos en los que no hay una norma jurídica aplicable al caso concreto y los protocolos de manejo no regulan la situación, es procedente que el médico o galeno se guíe en su actuación por los contenidos de los escritos de las autoridades científicas sobre la materia, los cuales se encuentran en libros, tesis, estudios comparados, revistas, foros, etc.

Al igual que sucede con los protocolos y las guías de manejo, la literatura científica es supletoria de la Ley y de los protocolos, por lo que el profesional de la salud solo acudirá a ella cuando el caso que se le presenta no se encuentre contemplado ni en la Ley ni en los protocolos y/o guías de manejo, debiendo informar al paciente sobre los riesgos de la terapia a aplicar en su caso de acuerdo con la autoridad en que sustente su elección. Un gran ejemplo de ellos es artículo que se publicó en la revista semana el día 09 de febrero de 2016:

“El Alzheimer es una de las formas más comunes de demencia en el mundo. Aproximadamente 6 de cada 10 personas mayores de 80 años pueden sufrir esta patología que incluye en sus síntomas confusión, problemas de memoria y pérdida del habla. Hasta el momento no se había conocido de

medicamentos que pudieran revertir el avance físico de la enfermedad. Sin embargo, dos investigaciones, una en Gran Bretaña y otra en Singapur, parecen haber encontrado un fármaco que hace que el cerebro pueda protegerse de los coágulos nocivos de proteínas que caracterizan la Enfermedad, según un estudio publicado por la revista *Nature*. Científicos británicos han hecho pruebas con una inyección que podría romper los grumos venenosos que se forman en el cerebro. Además este tratamiento también puede retrasar el deterioro cognitivo o incluso detenerlo por completo”¹³

D. Baremo

Como último recurso del galeno o profesional de la salud, ante la ausencia de normatividad del sistema jurídico colombiano, decisiones judiciales o literatura científica que permitan a este profesional guiar su actuación, o al funcionario judicial determinar la creación o no de riesgos jurídicamente desaprobados, en cuanto como debía comportarse el médico en el caso concreto, en esta medida debe desarrollar y materializar su conocimiento, experiencia y bagaje para dar la solución más adecuada de la patología de su paciente, de esta forma dentro del proceso el funcionario judicial debe ponderar la conducta del médico frente a la que hubiera desarrollado otro profesional con las mismas cualidades, experiencia y conocimientos que quien efectivamente desarrolló la conducta que se enjuicia, es decir en el proceso penal al momento de llegar a juicio ya transcurridas la audiencias anteriores, tanto la defensa como la fiscalía podría solicitar un prueba pericial con la cual demuestren en el juicio oral que otro médico en la misma situación hubiera decidido en la misma forma o en forma contraria.

En la medida el cuerpo humano es cambiante en todos sus aspectos, las investigaciones científicas demuestran cambios en el clima, ambiente, etc., esto genera cada día nuevas

¹³<http://www.semana.com/vida-moderna/articulo/cientificos-habrian-encontrado-la-cura-contra-el-alzheimer/492138>

enfermedades o virus que son muy perjudiciales para la salud del cuerpo humano, a raíz de esto la medicina cada día se enfrenta a nuevos retos que con lo apresurada propagación y contaminación de esta patologías, no dan tiempo de estudio para buscar curas o soluciones inmediatas y en últimas, el escaso conocimiento que a hoy tenemos del funcionamiento del cuerpo humano, la ley autoriza la experimentación científica siempre que la misma obedezca a criterios curativos y, así mismo, reprime la experimentación que no cuenta con calidad curativa.

Si el caso que se le presenta al profesional de la salud no se encuentra presente ni en la Ley, ni en las guías o protocolos de manejo, ni la literatura científica se ha ocupado del mismo, es procedente obrar de conformidad con el propio criterio, aplicando lo que se conoce como procedimientos experimentales, o experimentación científica.

4.3 El Acto Médico. Concepto y Proyección del Riesgo Permitido en cada una de las Fases del Acto Médico

El acto médico es *“una forma especial de relación entre personas; donde una de ellas, el enfermo, acude motivado por una alteración en su salud a otra, el médico, quien está en capacidad de orientar, mejorar o sanar, o cuando me-nos aliviar el sufrimiento de acuerdo a sus capacidades y al tipo de enfermedad que el primero presente”* (Guzmán, 1981)

De conformidad con lo previsto por la Ley 23 de 1981, la relación médico paciente se puede originar en los siguientes casos

- Por decisión de ambas partes
- Acción unilateral del médico
- Solicitud de terceros
- Por compromiso

En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional Colombiana a través de su jurisprudencia y en Sentencia T – 401 de 1194, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz se dice que la comunicación entre médico y paciente no sólo es importante desde el punto de vista del respeto de la dignidad humana, sino también desde la perspectiva terapéutica. El [la] paciente necesita, además de querer la curación, creer en ella y en la capacidad de la medicina y de su agente para lograrla. (...) En la sociedad secularizada actual, los médicos cumplen una labor que antes correspondía en buena parte a los sacerdotes: la función de escuchar, comprender, aconsejar y aliviar. Por eso su tarea es integral. No se reduce al conocimiento instrumental, de tipo clínico, sino que debe tener en cuenta el ser humano, con sus vicisitudes, en su contexto social y familiar.

En esta forma el acto médico se encuentra compuesto por diferentes etapas, en cada una de las cuales existen obligaciones y prohibiciones para el médico, que nos permiten determinar aquellos eventos que constituyen el riesgo permitido (Jaramillo, 2002, p. 81). Son etapas del acto médico las siguientes:

- I. Diagnóstico
- II. Tratamiento
- III. Post tratamiento

Es claro que para prestar un servicio de calidad que beneficie al usuario del sistema general de salud, es lo ideal que sea un solo profesional de la salud quien realice todas las etapas del acto médico (diagnóstico/ tratamiento/ post tratamiento), dando lugar a lo que se conoce como el principio de continuidad en el acto médico (Jaramillo, 2002, p. 270). En tal sentido, el cambio del médico tratante debe ser la excepción, quedando reservado para casos en los que la situación corresponda a una especialidad diferente a la de aquel que atiende por primera vez al paciente, en

casos en que éste último incumpla las órdenes impartidas por el facultativo, rehúse el tratamiento a aplicar, o solicite el cambio de médico tratante (Artículos 6 y siguientes de la Ley 23 de 1981).

En este sentido la corte constitucional en sentencia T – 100 del 2016, dice que el derecho al diagnóstico como componente del derecho a la salud, en términos de esta Corporación, implica una valoración técnica, científica y oportuna que defina con claridad el estado de salud del paciente y los tratamientos médicos que requiere. Son tres las etapas de las que está compuesto un diagnóstico efectivo, a saber: identificación, valoración y prescripción. La etapa de identificación comprende la práctica de los exámenes previos que se ordenaron con fundamento en los síntomas del paciente. Una vez se obtengan los resultados de los exámenes previos, se requiere una valoración oportuna y completa por parte de los especialistas que amerite el caso, quienes, prescribirán los procedimientos médicos que se requieran para atender el cuadro clínico del paciente.



Figura 7 Organigrama

Fuente: Miguel Ángel Cerón Y Luis Gil

CAPÍTULO V

5. LA RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA Y EN EL DERECHO PENAL COMPARADO DE ESPAÑA, CHILE Y PERU



5.1 Delitos Médicos Dolosos en el Código Penal Colombiano

El Código Penal Colombiano, no determina como autor calificado especial, los tipos penales definidos a los galenos o en otras palabras no existen tipos penales que tienen como característica que el sujeto activo únicamente puede serlo un profesional de la salud a excepción del delito de lesiones culposas al feto, consagrado en el artículo 126 del código penal; que extiende la sanción al galeno.

A diferencia de otras legislaciones como la Chilena que describe tipos penales que se caracterizan, porque la conducta es agravada al ser realizada por un profesional de la salud estos “tipos delictivos que en principio pueden ser realizados por cualquiera persona, pero cuando los ejecuta un médico, el delito es considerado como agravado. Como por ejemplo el delito tipificado en el artículo 345, contemplado en el párrafo 1 del Título VII (Crímenes y Simples Delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual) del Libro Segundo denominado “Aborto”, del código penal Chileno, el cual establece que, abusando de su oficio, causare un aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el artículo 342, al que maliciosamente causare un aborto, aumentadas en un grado.

En materia de delitos culposos, destacamos el modelo español, que tipifica el aborto cometido por *imprudencia profesional* y las lesiones al feto cometidas por *imprudencia profesional*. En relación a las lesiones cometidas por *imprudencia profesional*, la Jurisprudencia ibérica, por una parte ha hecho una diferenciación entre la culpa del profesional, *imprudencia* o *negligencia*

comunes, en el ejercicio de su arte u oficio, y la culpa profesional propia que constituye un subtipo agravado, que se caracteriza por un plus de culpa, y no una cualificación por la condición profesional del sujeto, y por otra ha señalado que dicha *imprudencia profesional* se traduce en una impericia inexplicable y fuera de lo corriente. (Echeverry, 1995 p. 279 y 280)

La doctrinante Beatriz Romero Flores nos precisa: “Existirá imprudencia cuando de la actuación del profesional de la Medicina se derive una infracción del deber objetivo de cuidado que provoque un resultado lesivo, siendo éste la realización del riesgo creado, riesgo no permitido. Pero a esto se añaden algunas particularidades como la distinción entre deber objetivo de cuidado interno, que sería la de saber y querer realizar la actividad médica de forma adecuada y el deber objetivo de cuidado externo, que consiste en la obligación de acomodar el comportamiento a la reglamentación. Supuestos de vulneración del deber de cuidado serían: un tratamiento no adecuado o seleccionado erróneamente, técnicas curativas contrarias a las indicadas y omisión del tratamiento normalmente correcto” (Romero, 2001)

En relación a lo percibido procederemos a presentar un cuadro comparativo entre los tipos penales de algunos países Sudamericanos, incluido el nuestro, de igual forma observaremos los tipos penales de España, donde analizaremos los elementos normativos de cada tipo, relacionados con la responsabilidad penal médica, de acuerdo a cada legislación citada.

Tabla 3 Comparativo Lesiones Personales

COMPARATIVO LESIONES PERSONALES		
País	Norma	Análisis
Colombia	ARTÍCULO 111° LESIONES. El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los artículos siguientes. ARTÍCULO 112° INCAPACIDAD PARA TRABAJAR O ENFERMEDAD. Si el daño consistiere en incapacidad para trabajar o en	En Colombia no existen tipos penales, que tengan como autor calificado un médico, simplemente por dogmática penal y por aspectos objetivos del tipo sería, aplicable el delito de lesiones personas culposas,

enfermedad que no pase de treinta (30) días, la pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses.

Si el daño consistiere en incapacidad para trabajar o enfermedad superior a treinta (30) días sin exceder de noventa (90), la pena será de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses de prisión y multa de seis punto sesenta y seis (6.66) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si pasare de noventa (90) días, la pena será de treinta y dos (32) a noventa (90) meses de prisión y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ARTÍCULO 113° DEFORMIDAD. Si el daño consistiere en deformidad física transitoria, la pena será de prisión de dieciséis (16) a ciento ocho (108) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si fuere permanente, la pena será de prisión de treinta y dos (32) a ciento veintiséis (126) meses y multa de treinta y cuatro punto sesenta y seis (34.66) a cincuenta y cuatro (54) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si la deformidad afectare el rostro, la pena se aumentará hasta en una tercera parte.

ARTÍCULO 114° PERTURBACIÓN FUNCIONAL. Si el daño consistiere en perturbación funcional transitoria de un órgano o miembro, la pena será de prisión de treinta y dos (32) a ciento veintiséis (126) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si fuere permanente, la pena será de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de treinta y cuatro punto sesenta y seis (34.66) a cincuenta y cuatro (54) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

que se ajusta a las circunstancias, de la relación médico paciente en nuestra legislación; toda vez que el legislador no ha previsto la posibilidad de la existencia del dolo eventual en el acto médico y mucho menos proyectado la existencia de delitos médicos

España

Delito de lesiones **ARTÍCULO 147 1.** El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o

La imprudencia profesional o medica está separada de la culpa simple en la legislación española, clasificando la gravedad de la imprudencia, para poder activar la separación de imprudencias es decir la simple y la médica la culpa en el delito de lesiones personales, se abordan tres grados de culpa: la

seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico. Con la misma pena será castigado el que, en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el artículo 617 de este Código. 2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido. ARTÍCULO 152 1. El que por **imprudencia grave** causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado: 1º Con la pena de **prisión de tres a seis meses**, si se tratare de las lesiones del artículo 147.1. 2º Con la pena de **prisión de uno a tres años**, si se tratare de las lesiones del artículo 149. 3º Con la pena de **prisión de seis meses a dos años**

2. Cuando los hechos referidos en este artículo se hayan cometido utilizando un vehículo a motor, un ciclomotor o un arma de fuego, se impondrá asimismo, y respectivamente, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o del derecho a la tenencia y porte de armas por término de uno a cuatro años. 3. Cuando las lesiones fueren cometidas por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de **inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión**, oficio o cargo por un periodo de una a cuatro años.

ARTÍCULO 621 1. Los que por **imprudencia grave** causaren alguna de las lesiones previstas en el apartado 2 del artículo 147, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses. 2. Los que por **imprudencia leve** causaren la muerte de otra persona, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses. 3. Los que por **imprudencia leve** causaran lesión constitutiva de delito serán castigados con pena de multa de 10 a 30 días.

imprudencia leve, la imprudencia grave y la imprudencia profesional o médica para el asunto de esta tesis. La imprudencia profesional, se le aplica el mismo quantum que la imprudencia grave, más una sanción de inhabilitación profesional.

Chile

ARTÍCULO 395 El que maliciosamente castrar a otro será castigado con presidio mayor en sus grados mínimos a medio.

ARTÍCULO 396 Cualquiera otra mutilación de un miembro importante que deje al paciente en la imposibilidad de valerse por sí mismo o de ejecutar las funciones naturales que antes ejecutaba, hecha también con malicia, será penada con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. En los casos de mutilaciones de miembros menos importantes, como un dedo o una oreja, la pena será presidio menor en su grado mínimo a medio. ARTÍCULO 397 El que hiriere, golpear o maltratare de obra a otro, será castigado como responsable de lesiones graves:

1° Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si de resultas de las lesiones queda el ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme.

2° Con la de presidio menor en su grado medio, si las lesiones produjeren al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días.

ARTÍCULO 399 Las lesiones no comprendidas en los artículos precedentes se reputan menos graves, y serán penadas con relegación o presidio menores en sus grados mínimo o con multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

No existe un tipo penal especializado para el delito de lesiones personales, que ha semejanza a nuestra legislación solo se imputaría el delito de lesiones culposas, y de acuerdo a la incapacidad médico legal, se determina la pena.

Perú

Artículo 124.- El que por culpa causa a otro un daño en el cuerpo o en la salud, será reprimido, por acción privada, con pena privativa de libertad no mayor de un año y con sesenta a ciento veinte días-multa. La pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de dos años y de sesenta a ciento veinte días-multa, si la lesión es grave, de conformidad a los presupuestos

En la legislación peruana, se aplica la imprudencia profesional, como lo presenta el artículo 121 del código penal peruano, dimensionando la lesiones culposas producidas por la inobservancia de las reglas de la profesión. Impone una sanción de prisión de un año a 3 años.

establecidos en el **artículo 121**. La pena privativa de libertad será no menor de uno ni mayor de tres años si el delito resulta de la inobservancia de reglas de profesión, ocupación o industria y no menor de un año ni mayor de cuatro años cuando sean varias las víctimas del mismo hecho.

Tabla 4 Comparativo Homicidio Culposo

COMPARATIVO HOMICIDIO CULPOSO		
País (código penal)	Norma	Análisis
Colombia	ARTÍCULO 109° HOMICIDIO CULPOSO. El que por culpa matare a otro, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses y multa de veinte y seis punto sesenta y seis (26.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.	No existe en nuestra legislación tipos penales especializados para los galenos, por esta razón la culpa simple se aplica al galeno en el homicidio culposo.
España	ARTÍCULO 142 1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años. 2. Cuando el homicidio imprudente sea cometido utilizando un vehículo a motor, un ciclomotor o un arma de fuego, se impondrá asimismo, y respectivamente, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, de uno a seis años. 3. Cuando el homicidio fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años	Al existir la imprudencia profesional o médica el homicidio culposo se incluye la inhabilitación especial de 3 a 6 años cuando se trate de homicidio derivado de imprudencia profesional. Todo ello como un delito individual, dada la existencia dogmática de la culpa médica.
Chile	ARTÍCULO 490 <i>El que por <u>imprudencia temeraria</u> ejecutare un hecho que, si mediara malicia,</i>	La legislación penal Chilena Afronta la responsabilidad médica desde diversos tipos de culpa: la

constituiría un crimen o un simple delito contra las personas, será penado:

1° Con **reclusión o relegación menores** en sus ados mínimos a medios, cuando el hecho importare crimen. 2° Con **reclusión o relegación menores** en sus grados mínimos o **multa de once a veinte unidades tributarias mensuales**, cuando importare simple delito.

ARTÍCULO 491 El médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, incurrirá respectivamente en las penas del artículo anterior. **ARTÍCULO 492** Las penas del artículo 490 se impondrán también respectivamente al que, con infracción de los reglamentos y por **mera imprudencia o negligencia**, ejecutare un hecho o incurriere en una omisión que, a mediar malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas.

imprudencia temeraria, “negligencia culpable” en el ejercicio de la profesión médica y mera imprudencia. En todos estos tipos, la pena es la misma. Conforme al Art. 56, la reclusión o relegación menor comprende una pena de 61 días a 3 años.

Perú

Artículo 111.- Homicidio Culposo El que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas. La pena privativa de la libertad será **no menor de un año ni mayor de cuatro años** si el delito resulta de la **inobservancia de reglas de profesión**, de ocupación o industria y no menor de un año ni mayor de seis años cuando sean varias las víctimas del mismo hecho.

El código penal peruano tiene como tipo penal medico el homicidio Culposo es cometido por “inobservancia de las reglas de profesión”, será penado con una pena de 1 a 4 años”.

CAPÍTULO VI

6. JURISPRUDENCIA DE LA HONORABLE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA

6.1 Jurisprudencia Sobre la Autoría y El Riesgo Permitido en el Delito Medico Culposo

Los médicos se enfrentan a grandes retos en su diario vivir, dado que en todo momento se descubren nuevas patologías y la ciencia evoluciona cada día, en este sentido la responsabilidad de las actuaciones genera un riesgo que deben delimitar, con preparación y prudencia, sin embargo, surgen varias eventualidades en las cuales la praxis médica genera alteraciones en la salud de los pacientes, comprometiendo así la responsabilidad del galeno.

En esta medida la honorable Corte Suprema de justicia en su sala de casación penal, en fallo del 22 de mayo de 2008 con radicado 27357, nos manifestó que: “el autor debe realizar la conducta como lo haría una persona razonable y prudente puesta en el lugar del agente, de manera que si no obra con arreglo a esas exigencias infringirá el deber objetivo de cuidado. Elemento con el que se aspira a que con la observancia de las exigencias de cuidado disminuya al máximo los riesgos para los bienes jurídicos con el ejercicio de las actividades peligrosas, que es conocido como el riesgo permitido”.

De esta forma la teoría de la imputación objetiva instruye que para que un resultado pueda ser atribuido a un agente, este ha debido crear o aumentar un riesgo jurídicamente desaprobado, y este riesgo creado debió realizarse en el resultado típico, a modo de ejemplo sucede cuando el profesional médico de la salud, diagnostica a un paciente por la patología de gastritis severa cuando en realidad tiene apendicitis y no realiza los exámenes pertinentes, esto causa una peritonitis y posteriormente la muerte. Es evidente que el profesional crea un riesgo jurídicamente desaprobado

al paciente ocasionando la violación a un bien jurídicamente tutelado como es la salud y vida en donde trae consecuencia nefastas, esta teoría, está desarrollada en el artículo 25 de la ley 599 de 2000, en donde se replantea aquellas tesis que fundamenta el concepto de la autoría exclusivamente en la causalidad, esto es en ultimas, el vínculo entre acción y resultado.

Del mismo modo, la honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal jurisprudencia de la Corte (CSJ, SP, sentencia del 22 mayo de 2008, rad. 27357) ha precisado la evolución y los elementos de la imputación objetiva, así:

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

En la doctrina penal contemporánea, la opinión dominante considera que la realización del tipo objetivo en el delito imprudente (o, mejor dicho, la infracción al deber de cuidado) se satisface con la teoría de la imputación objetiva, de acuerdo con la cual un hecho causado por el agente le es jurídicamente atribuible a él si con su comportamiento ha creado un peligro para el objeto de la acción no abarcado por el riesgo permitido y dicho peligro se realiza en el resultado concreto”.

Lo anterior significa que si la infracción al deber de cuidado se concreta en el desconocimiento de la norma de cuidado inherente a actividades en cuyo ámbito se generan riesgos o puesta en peligro de bienes jurídicamente tutelados, es necesario fijar el marco en el cual se realizó la conducta y señalar las normas que la gobernaban, a fin de develar si mediante la conjunción

valorativa ex ante y ex post, el resultado que se produjo, puede ser imputado al comportamiento del procesado.

“En otras palabras, frente a una posible conducta culposa, el juez, en primer lugar, debe valorar si la persona creó un riesgo jurídicamente desaprobado desde una perspectiva ex ante, es decir, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente situado en la posición del autor, a lo que habrá de sumársele los conocimientos especiales de este último, el hecho sería o no adecuado para producir el resultado típico”.

En segundo lugar, el funcionario tiene que valorar si ese peligro se realizó en el resultado, teniendo en cuenta todas las circunstancias conocidas ex post. En aras de establecer cuándo se concreta la creación de un riesgo no permitido y cuándo no, la teoría de la imputación objetiva integrando varios criterios limitantes o correctivos que llenan a esa expresión de contenido, los cuales también han tenido acogida en la jurisprudencia de la Sala (CSJ, SP. sentencias del 4 de abril, 20 de mayo de 2003, y 20 de abril de 2006, radicaciones No. 12742, 16636 y 22941, respectivamente):

“No provoca un riesgo jurídicamente desaprobado quien incurre en una ‘conducta socialmente normal y generalmente no peligrosa’, que por lo tanto no está prohibida por el ordenamiento jurídico, a pesar de que con la misma haya ocasionado de manera causal un resultado típico o incluso haya sido determinante para su realización”.

“ Tampoco se concreta el riesgo no permitido cuando, en el marco de una cooperación con división del trabajo, en el ejercicio de cualquier actividad especializada o profesión, el sujeto agente observa los deberes que le eran exigibles y es otra persona perteneciente al grupo la que no respeta las normas o las reglas del arte (lex artis) pertinentes. Lo anterior, en virtud del llamado principio de confianza,

según el cual ‘el hombre normal espera que los demás actúen de acuerdo con los mandatos legales, dentro de su competencia’ (CSJ, SP, sentencia del 20 de mayo de 2003, rad. 16636)”.

“Igualmente, falta la creación del riesgo desaprobado cuando alguien sólo ha participado con respecto a la conducta de otro en una ‘acción a propio riesgo’, o una ‘autopuesta en peligro dolosa’ (...).”

“En cambio, ‘por regla absolutamente general se habrá de reconocer como creación de un peligro suficiente la infracción de normas jurídicas que persiguen la evitación del resultado producido”.

“Así mismo, se crea un riesgo jurídicamente desaprobado cuando concurre el fenómeno de la elevación del riesgo, que se presenta ‘cuando una persona con su comportamiento supera el arriesgo admitido o tolerado jurídica y socialmente, así como cuando, tras sobrepasar el límite de lo aceptado o permitido, intensifica el peligro de causación de daño’ (CSJ, SP, sentencia del 7 de diciembre de 2005, rad. 24696).”

Debido a que la causalidad natural entre la acción y el resultado, la atribución jurídica de la responsabilidad culposa exige, además, que con su comportamiento imprudente el agente haya creado o extendido un riesgo no permitido por las reglas de conducta a las que debía sujetar su actividad, y que ese riesgo se concrete en un resultado lesivo, todo ello en el entendido de que, conforme el artículo 9º del C. Penal de 2000, la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado (CSJ, SP, sentencia del 27 de octubre de 2009, rad. 32582).

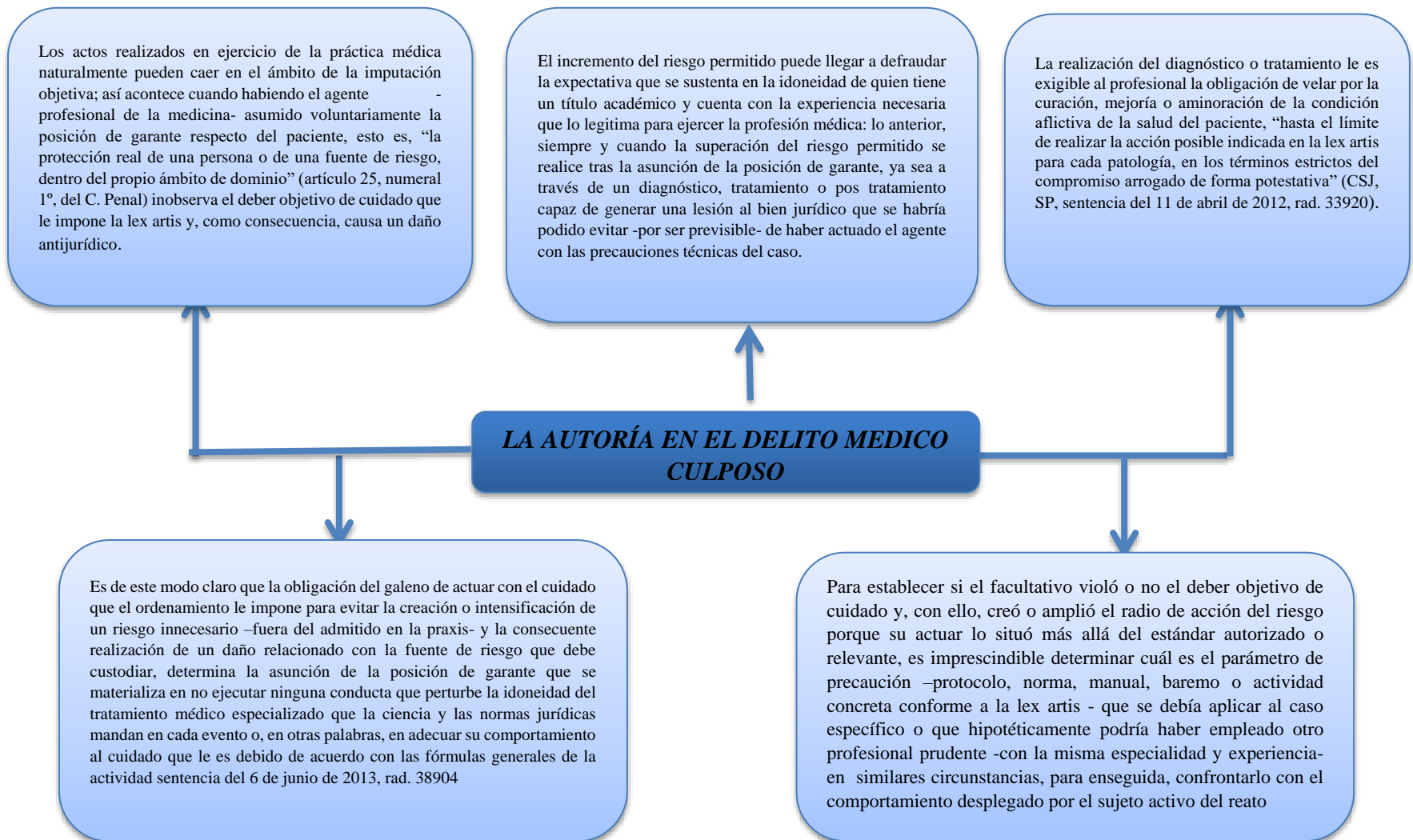


Figura 8 La Autoría en el delito médico culposo

Fuente: Miguel Angel Cerón y Luis Gil

6.2 Jurisprudencia Sobre Dolo Eventual en el Delito Médico Culposo.

Las profesiones en este momento histórico y social juegan un papel muy importante en toda la humanidad, a través de la historia los cambios son trascendentes y los factores de la vida crean cosas nuevas, por consiguiente nos enfrentamos a grandes cambios tecnológicos que ayudan a superar muchas deficiencias que en algún momento se tenían, de esta manera los profesionales de la salud en desarrollo de su actividad laboral tienen más elementos de apoyo para las fases del acto médico como lo es el diagnóstico, el tratamiento y el post tratamiento; con estos elementos debería reducir la transgresión del riesgo jurídicamente permitido.

Pero también, las patologías a las que se enfrentan los profesionales de la salud evolucionan creando así dificultades al momento de aplicar el tratamiento, igualmente la responsabilidad que tienen tanto penal, civil y disciplinariamente, se ve incrementada por los diferentes retos a los que se afrontan en el desarrollo de su actividad laboral. A causa de esto, en Colombia los médicos son responsables por transgredir el riesgo permitido de la relación médico paciente, en este sentido encontramos que su actuación, configura responsabilidad penal, en este orden de ideas, bajo la teoría de la imputación objetiva del resultado en caso de exceder ese riesgo, podría verse representado en la producción de un resultado típico atribuido a una actuación dolosa o culposa.

En el presente caso nos ocuparemos de estudiar el desarrollo jurisprudencial de la parte final del artículo 22 de la Ley 599 de 2000, que consagra en la legislación colombiana la figura del dolo eventual pero desde el punto de vista del delito médico, que señala el comportamiento también será doloso «cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar». Es decir, la ley contempla en estos casos que el sujeto haya reconocido la calidad peligrosa de su acción (en el grado de probabilidad) para efectos del menoscabo del bien jurídico. Es decir, desde un lenguaje no técnico, el dolo eventual concurre cuando, el médico profesional de la salud

aun sabiendo que la aplicación de ese procedimiento tanto en el tratamiento como en el post-tratamiento podría transgredir los bienes jurídicamente tutelados, continua haciéndolo y no lo descarta, es decir el medico acepta ese resultado y lo percibe como posible, en el entendido que existe un elementó en su mundo de raciocinio de un inevitable vulneración y decide consumarlo.

En esta medida la Honorable Corte Suprema de Justicia en sala de casación penal, en sentencia del 16 de diciembre de 2015, SP17436-2015, ponencia del magistrado EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER, se consideró que no basta tan solo con haber previsto la producción del resultado para descartar imprudencia e imputar dolo. Debía también establecerse que el conocimiento del agente sobre la situación riesgosa le permitía suponer que las condiciones que podrían conducir a la realización de dicho resultado no estaban bajo su control. O, en el caso de haber contado con tal suposición de controlar los factores de riesgo del tratamiento o procedimiento médico , que ello obedeció a un error o estado irracional, en lugar de uno racional, como por ejemplo el paciente se encuentra en una condición precaria y para salvar su vida le deben aplicar un medicamento muy fuerte que podría causar una evolución positiva o negativa, ya que si es alérgico puede causar paro cardíaco, estas consideraciones son indispensables (cualquiera relacionado con la eficacia de las medidas que de hecho empleó para neutralizar el peligro) para la estructuración del elemento cognitivo en el dolo eventual.

“De esta forma, los conocimientos especiales en el sujeto activo (médico o galeno) son en principio criterio de imputación objetiva, es decir, están circunscritos a la vulneración de un deber objetivo de cuidado. Por consiguiente, tampoco son suficientes para determinar si, a raíz de su concurrencia en el procesado, este obró con dolo eventual” (CSJ Sentencia Radicado 17436 de 2015 magistrado ponente Eugenio Fernández).

De igual manera, la Honorable Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, en sentencia del 8 de noviembre de 2007, Radicación. 27388 sostuvo lo siguiente:

“En la doctrina penal contemporánea, la opinión dominante considera que la realización del tipo objetivo en el delito imprudente (o, mejor dicho, la infracción al deber de cuidado) se satisface con la teoría de la imputación objetiva, según la cual un hecho causado por el agente le es atribuible a él si con su comportamiento ha creado un peligro para el objeto de la acción no abarcado por el riesgo permitido y dicho peligro se realiza en el resultado concreto”.

“Lo anterior significa que, frente a una posible conducta culposa, el juez, en primer lugar, debe valorar si la persona creó un riesgo jurídicamente desaprobado desde una perspectiva *ex ante*, es decir, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente situado en la posición del autor, a lo que habrá de sumársele los conocimientos especiales de este último, el hecho sería o no adecuado para producir el resultado típico”.

Es evidente que un cirujano de primerísima calidad con muchos títulos y una hoja de vida intachable, respecto de cuyas técnicas y destreza no existe competencia posible en el plano internacional, puede operar a su paciente con resultado mortal, por rendir en la medida, muy por debajo de su nivel, correspondiente al estándar mínimo vigente para cirujanos medios; de esta manera Lo que no resulta claro, ni deviene en necesario, es que de dichos saberes especiales, o capacidades particulares en el sujeto activo de la conducta, “se pueda extraer (por esa sola circunstancia) una atribución a título de dolo eventual y de hecho, de esta forma el ingrediente subjetivo del tipo, en atención del principio de derecho penal de acto, *se* demuestra valorando aquellos datos, precisamente objetivos, que rodean la realización de la conducta” (CSJ. Sentencia Radicado 17436 de 2015 Magistrado Ponente Eugenio Fernández Carlier.

Del mismo modo, la Honorable Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, en sentencia del 24 de febrero de 2010, Radicación: 32872 argumento lo siguiente:

“La prueba del dolo obedece a un juicio de correspondencia entre los hechos exteriorizados en el mundo físico (derecho penal de acto) y un concepto que alude a ciertos elementos de índole subjetiva (saber y querer la realización del tipo) que en principio tienen que desprenderse de aquéllos, toda vez que no pueden confirmarse de manera independiente al análisis de la acción. En otras palabras, es viable deducir tanto el elemento cognitivo como el volitivo del dolo de las concretas circunstancias que hayan rodeado la conducta y no del hecho, de difícil comprobación, de establecer qué pasó en realidad por la mente del inculpado. Así mismo, en la medida en que es imposible conocer los elementos del dolo por medio de la información directa, estos también pueden derivarse de los indicios que se construyan alrededor de la situación fáctica imputada, pero no a datos extraños a tal conducta y que constituyan derecho penal de autor”.

A modo de conclusión, el Sistema Penal Acusatorio Colombiano, se enfrenta a una difícil dificultad que surge de las similitudes estructurales en el dolo eventual como en la culpa con representación o consciente, más aun en los casos en que se ven comprometidos los profesionales de la salud, ya que este sujeto activo no quiere el resultado típico, y en ambos supuestos el autor prevé la posibilidad o probabilidad de producción de dicho resultado delictivo que vulneran los bienes juradamente tutelados del paciente, se evidencia la diferencia entre las figuras finalmente cuando nos centramos en la actitud que profesional asume frente a la representación de la probabilidad de la realización de los elementos objetivos del tipo penal.

CAPITULO VII

7. CONCLUSIONES



1. Podemos consumir en esta investigación que la demarcación del riesgo permitido para que no se configure una responsabilidad penal médica con ocasión al ejercicio de esta profesión se encuentra definitivo en la observancia de los postulados que son de obligatorio cumplimiento para galeno al momento de realizar algún tipo de acto médico, estos presupuestos que son establecidos por la *lex artis*, es decir los protocolos clínicos de cada especialidad, con la formación y preparación del profesional y por las reglas de la experiencia que hacen que los procedimientos médicos sean cada vez más seguros, esto, a pesar de los riesgos que se generan como consecuencia de la práctica de esta profesión. Desde el momento en que el médico decide asumir la posición de garante, circunstancia que se materializa desde el momento mismo en el que el médico realiza el juramento hipocrático, le es obligatorio al profesional, el cumplir con la consecución del consentimiento informado por parte del paciente, el cual deberá hacerse cumpliendo con lo estipulado por la norma, o sea, cumpliendo con el deber de informar al individuo de forma clara y suficiente acerca de los riesgos que puede presentar el tratamiento propuesto y cuáles son las otras alternativas a las que se puede someter. Al profesional de la salud le es obligatorio cumplir con las observaciones determinadas e incluidas en la *lex artis*. Solo de esta forma, es posible que no se genere un riesgo jurídicamente desaprobado, el cual traería como consecuencia un posible resultado lesivo tanto para la salud e integridad del paciente, como para el prestigio y buen nombre del profesional de la salud que se ve envuelto en un caso de responsabilidad penal. Por lo tanto, no solo basta con que se genere un resultado lesivo como consecuencia de la vulneración de un

bien jurídico tutelado para imputar responsabilidad penal médica, sino que, se hace necesario que se presenten de forma obligatoria la tipicidad de la acción, la antijuridicidad de esta y la culpabilidad de quien ejecuta la conducta, pues solo así se concretaría la responsabilidad penal médica. Pudiendo decirse que en Colombia se considera que un médico en ejercicio de sus funciones, es responsable de una conducta delictiva en su modalidad culposa cuando se incumple por impericia, negligencia o imprudencia la *lex artis*, creando un riesgo jurídico no aprobado que se concreta en un resultado previsible, siendo la imputación objetiva una herramienta jurídico penal utilizada para determinar quién puede ser el responsable de la conducta.

2. El Derecho Penal Colombiano, no ha desarrollado ampliamente la responsabilidad penal de los profesionales de la salud, aplicando la dogmática penal general contemporánea, obteniendo como resultado que la Corte SUPREMA DE JUSTICIA EN SU SALA DE CASACIÓN PENAL, no tome posturas dinámicas en su jurisprudencia, por una sencilla razón, no concebimos la existencia de delitos médicos, ni la aplicación de la modalidad culposa de carácter profesional o mejor llamada imprudencia profesional ; obteniendo como resultado un código penal, donde los médicos no son sujetos activos calificados de posibles conductas punibles.

3. Los tratamientos médicos están sujetos al acto u omisión del médico, quien debe practicar y conocer técnicas puntuales de intervención en la relación médico paciente; Ahora bien, en ciertos casos puede presentarse que del tratamiento médico se obtengan resultados adversos o dañosos. No obstante el galeno, puede haber desarrollado, una técnica y unos procedimientos, y aplicar el tratamiento sugerido, de igual manera su resultado es adverso. En ese orden de ideas el profesional en medicina tiene como objetivo custodiar la buena salud de sus pacientes; es más, estas circunstancias pueden traducirse en daño para el paciente, ligando la capacidad profesional del médico e indicando la posibilidad de establecer si existe o no algún tipo de responsabilidad penal.

4. La teoría de la imputación objetiva es un instrumento dogmático conveniente para solucionar dificultades frente la responsabilidad penal de los profesionales de la salud, instituidas en el acto médico y la relación que ello causa, en procura de entender su relevancia social, del mismo modo entender ciertas conductas que el derecho penal las clasifica como riesgosas, por su alta complejidad social que nos permitiría establecer la imputabilidad al galeno.

5. La imputación del resultado se establece, a partir del nexo causal entre la conducta típica y daño antijurídico. Se requiere que esta relación de causalidad comprobada también cumpla las exigencias normativas particulares, que resultan del concerniente tipo penal y de la teoría general del injusto.

6. El derecho penal Colombiano, tiene un postura pasiva frente a los tipos penales, que tengan como autor calificado un médico, simplemente por dogmática penal y por aspectos objetivos del tipo sería aplicable el delito de lesiones personas culposas, que se ajusta a las circunstancias, de la relación médico paciente en nuestra legislación; toda vez que el legislador no ha previsto la posibilidad de la existencia del dolo eventual en el acto médico y mucho menos proyectado la existencia de delitos médicos.

Bibliografía

- Gimbernat, Ordeig, Enrique . “*Acerca del dolo eventual*”, Estudios de Derecho Penal 3^a ed. Madrid, Civitas, 1990 pagina 240 y ss-.
- Chaia, Rubén A. (2006) *Responsabilidad Penal Médica*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. p.71.
- Feijoo S. (2002). *Imputación objetiva en Derecho penal*; Grijley; Lima Perú. p. 211
- Stretenwerth, G. (1982). *Derecho penal parte general (1976)*, Madrid, Edesa.
- Hirsch, H. Muñoz C., Francisco, García Arán, (1999), Op. cit., 2004, p. 230. *Sobre la atipicidad del resultado ocasionado actuando dentro del riesgo permitido*, Roxin, Claus. Op. cit., 1991, p. 144.
- Jakobs, G.: Derecho Penal. Parte general (Fundamentos y teoría de la imputación). Traducción por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Edt. Marcial Pons. Madrid. 1995
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. (21^o Ed). Traducción: Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo.
- JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, “Derecho penal del enemigo”, Hammurabi, José Luis Depalma, Editor, Buenos Aires, 2005.
- Jaramillo, C. (2002) *Responsabilidad Civil Médica*. Pontificia Universidad Javeriana. Colección Ensayos, Bogotá, D.C., p. 81 y ss.
- Jescheck, H., Weigend, T. (2002). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*; Comares; Granada, p. 430.
- Maiwald, M. *De la capacidad de rendimiento del concepto de “riesgo permitido” para la sistemática del Derecho penal*. p. 12

Maurach & Zipf. *Derecho Penal* citi p. 385.

Molina A. (1998). *Responsabilidad Penal En el Ejercicio de la Actividad Médica*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike. Segunda Edición.

Molina F., (2001) *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, J. M. Bosch, Barcelona, 2001, p. 378

Romero F. (2001) “*La imputación objetiva en los delitos imprudentes*”, Anales de Derecho Universidad de Murcia, N° 19, 2001.

Roxín, C. (1997) *Derecho Penal, Parte general, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducción y notas: Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y Vicente Remesal. Madrid. Civitas.

Rusconi, M. (1982). *Cuestiones de imputación y responsabilidad en el Derecho penal moderno*. p.84

Stratenwerth, G. *Derecho penal. Parte general, T I. el hecho punible*; Edersa, Madrid, p.121

Teoría General del Negocio Jurídico, Tercera Edición. Editorial Revista de Derecho privado, Madrid.

Vásquez F. (1993). *Conferencia “La culpa médica y su prueba”*. En: *seminario: Reflexiones sobre la responsabilidad en los servicios de la salud*. Medellín.

REYES A. (1996). *Sobre la determinación del riesgo desaprobado*, Op. cit., p.113 y ss.

Bghst, 4, 182 (185). ROXIN, (1997) *Claus. Sobre la experiencia como fuente del riesgo permitido en materia de tránsito* Op. cit. p. 1001.

Jurisprudencia

Honorable Corte Suprema De Justicia.

CSJ, SP, sentencia del 27 de octubre de 2009, rad. 32582).

CSJ, SP, sentencia del 22 mayo de 2008, rad. 27357

CSJ, SP. Sentencia del 4 de abril, rad. 12742

CSJ, SP de mayo de 2003, rad. 16636.

CSJ, SP 20 de abril de 2006, rad. 22941

CSJ, SP, sentencia del 20 de mayo de 2003, rad. 16636)”.
CSJ, SP, sentencia del 7 de diciembre de 2005, rad. 24696).”

CSJ, SP, sentencia del 7 de diciembre de 2005, rad. 24696).”

CSJ, SP, sentencia del 27 de octubre de 2009, rad. 32582).

Sentencia del 6 de junio de 2013, rad. 38904

Sentencia del 16 de diciembre de 2015, SP17436-2015

Sentencia del 8 de noviembre de 2007, Radicación. 27388

Sentencia del 24 de febrero de 2010, Radicación: 32872

Honorable Corte Constitucional

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T – 476 de 2016, Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T – 216 de 2008, Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T – 401 de 1994, Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T – 401 de 1994, Eduardo Cifuentes Muñoz.

Honorable Consejo De Estado.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Magistrado Ponente sentencia del 20 de febrero de 1996, Expediente: 11.312. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

Tribunal Nacional De Ética Médica.

Sentencia del Tribunal Nacional de Ética Médica del 1o de marzo de 1995

Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima. Sentencia del 27 de mayo de 1998

Cibertgrafia

http://www.medspain.com/ant/n10_mar00/Actomed.htm.

http://www.medspain.com/ant/n10_mar00/Actomed.htm.

<http://www.semana.com/vida-moderna/articulo/cientificos-habrian-encontrado-la-cura-contra-el-alzheimer/492138>

http://www.medicolegal.com.co/ediciones/2_1998/actomed_consi.htm.

<http://www.alfonsozambrano.com/memorias/magistrales/aproximacion.doc>