

**LA NEGLIGENCIA E IMPERICIA Y SUS EXCEPCIONES FRENTE A LA
RESPONSABILIDAD PENAL DEL PROFESIONAL DE LA SALUD EN COLOMBIA**



IVÁN ROBERTO PEDRAZA RIOS

Monografía para optar al título de Magister en Derecho Penal y Procesal Penal

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

TUNJA

2020

**LA NEGLIGENCIA E IMPERICIA Y SUS EXCEPCIONES FRENTE A LA
RESPONSABILIDAD PENAL DEL PROFESIONAL DE LA SALUD EN COLOMBIA**

Presentado por:

IVÁN ROBERTO PEDRAZA RIOS

Director de la Monografía:

DEIBY ALBERTO SÁENZ RODRÍGUEZ

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

TUNJA

2020

AGRADECIMIENTOS

Mi máxima y eterna gratitud a Dios que es el que hace posible el despertar cada día para cumplir todas las metas propuestas. A mi esposa Tatiana, quien con su apoyo, amor y compañía incondicionales me ha permitido alcanzar este y muchos de los logros de mi vida a nivel tanto personal, como profesional. A Roberto y Blanca Nelly mis padres, quienes con su cariño han sido los más grandes ejemplos de compromiso y responsabilidad. Para Adrián nuestro angelito que desde el cielo cuida cada uno de mis pasos.

A los doctores Fabio Iván Rey Navas y Deiby Sáenz Rodríguez por sus enseñanzas y valiosas asesorías en el área de la investigación.

Nota de aceptación

Firma del Jurado

Firma del Jurado

TABLA DE CONTENIDO

Introducción.....	8
1. Deber objetivo de cuidado que le asiste a los profesionales de la salud.....	11
1.1.La Lex Artis como directriz de la actividad médica.....	11
1.2.Reglamentación de la Actividad Médica en Colombia.....	12
1.3.Deber de cuidado en ejercicio de la actividad médica.....	14
1.3.1 Deberes generales de cuidado	15
a) Diagnóstico y tratamiento	15
b) Información	16
c) Asistencia.....	16
d) Secreto.....	16
e) Actualización de conocimiento.....	17
f) Consultar otras opiniones.....	17
g) Derivación del paciente.....	17
1.3.2 Deberes específicos de cuidado.....	18
1.3.2.1 Deberes específicos de cuidado a nivel interno.....	18
a) Deber de valorar los conocimientos.....	18
b) Deber de valorar las condiciones físicas.....	18
c) Deber de valorar las condiciones psicológicas....	19
1.3.2.2 Deberes específicos de cuidado a nivel externo.....	19
a) Deber de evitar acciones peligrosas.....	19
b) Deber de preparación previa.....	20
c) Deber de valorar el centro hospitalario donde se va a realizar el procedimiento.....	20

d) Deber de valorar con el fin de establecer si se trata de una situación de urgencia.....22

2. ¿Existe imputación objetiva del resultado en los delitos ocasionados por los profesionales de la salud?

.....24

2.1. La causalidad en el Derecho Penal.....24

 a) Causalidad Acumulativa..... 25

 b) Interrumpida.....25

 c) Alternativa.....25

 d) Hipotética..... 25

 e) Adelantada..... 25

2.2. Teorías de la causalidad..... 25

 2.2.1 Teoría de la equivalencia de las condiciones 26

 2.2.2. Teoría de la adecuación..... 26

 2.2.3. Teoría de la causalidad adecuada..... 26

 2.2.4. Teoría de la causalidad relevante 27

2.3. La imputación objetiva en el derecho penal..... 27

 2.3.1. El riesgo permitido 28

 2.3.2. El principio de confianza..... 29

 2.3.3. Posición de garante 30

2.4. El tipo objetivo imprudente..... 32

 2.4.1. La culpa 33

 2.4.1.1. Elemento volitivo..... 34

 2.4.1.2. Elemento cognoscitivo..... 34

2.4.1.3. Culpa con representación.....	34
2.4.1.4. Culpa sin representación.....	35
2.4.2. El dolo.....	35
3.La negligencia y la impericia como detonadores de culpa en procedimientos médicos.....	38
3.1. Negligencia.....	39
3.2. Impericia.....	41
3.3. Responsabilidad penal de los profesionales de la salud.....	42
3.4. Eximentes de Responsabilidad Penal del Profesional de la Salud.....	43
3.4.1. Estricto cumplimiento de un deber legal.....	43
3.4.2. Cumplimiento de orden legitima de autoridad competente.....	44
3.4.3. Legítimo ejercicio de un derecho subjetivo.....	45
3.4.4. Estado de necesidad.....	48
3.4.5. Error de prohibición.....	50
3.4.6. Insuperable coacción ajena.....	51
3.4.7. Miedo insuperable.....	53
3.5. Acciones a propio riesgo o “autopuesta” en peligro en procedimientos médicos.....	53
3.6. Atipicidad en los delitos ocasionados por profesionales de la salud.....	61
3.7. Ejemplos de casos de responsabilidad penal medica al tenor de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.....	64
4. Conclusiones.....	69
5. Bibliografía.....	72

INTRODUCCIÓN

Desde hace miles de años, el ser humano ha querido suprimir todas aquellas situaciones que puedan afectar tanto su cuerpo como su mente. En civilizaciones como la griega, la Mesopotamia y la egipcia, entre otras, se vislumbraban prácticas que en principio tenían como finalidad proteger y erradicar a los malos espíritus que asechaban al hombre, motivo por el que se realizaban conjuros por parte de sacerdotes, como únicos facultados para ejercer dichas intervenciones, dado el carácter mitológico y espiritual que tenía dicho ejercicio.¹

No obstante lo anterior, con el paso del tiempo los procedimientos encaminados a proteger las graves afectaciones que se presentaban en el cuerpo humano, evolucionaron con civilizaciones más avanzadas como la romana y la árabe, en las cuales se hicieron aportes significativos a lo que hoy en día conocemos como medicina, esto ya que se construían hospitales y se recopilaba información que permitía tener un grado de convencimiento más cercano a los padecimientos que sufrían las personas heridas o enfermas.

Desde ese escenario y con una visión antropocéntrica, la práctica médica logró constituirse como una ciencia, amparada bajo estándares, reglamentos y manuales de procedimiento que están dirigidas a la salvaguarda de la vida y salud del ser humano, obviamente con el nacimiento de nuevas ciencias específicas, que de manera armónica concurren en la práctica para un mejor resultado.

En ese orden deviene claro que al ser la ciencia médica una actividad riesgosa, teniendo en cuenta lo que está en juego como es la vida o integridad física de un ser humano, la misma debe ceñirse a unas reglas, condiciones o pasos de orden técnico científico, que deben ser acatados por el

¹ JARAMILLO, Juan. Evolución de la medicina: pasado, presente y futuro. Acta méd. costarric vol.43 n.3 San José Jul. 2001

profesional de la salud al momento de realizar cualquier procedimiento médico, pues de no hacerlo estará desconociendo el espíritu noble, altruista y de compromiso que orienta su profesión.

Así las cosas, en la presente investigación se pretende ilustrar acerca del deber objetivo de cuidado tanto en orden general como específico, los cuales pueden ser a nivel interno y externo, imperativos a los cuales están sometidos los profesionales de la salud en ejercicio de su profesión conforme los postulados de la *lex artis*, las leyes que regulan su actividad en Colombia y la experiencia en el ejercicio profesional.²

Siguiendo en congruencia con lo anterior, se podrá establecer si conforme la dogmática penal que rige en Colombia, existe una imputación objetiva del resultado en los delitos ocasionados por los profesionales de la salud, dadas las distintas instituciones jurídicas que la conforman, motivo por el cual para mayor claridad se abordaran conceptos propios de la teoría de la imputación objetiva partiendo de la teoría de la causalidad en sus diferentes modalidades, el riesgo permitido, la posición de garante, el principio de confianza, para luego aterrizarlos al campo de la actividad médica y los eventos ante los cuales los profesionales de la salud pueden incurrir en un tipo penal de naturaleza imprudente conforme a presupuestos propios de la culpa.³

Por otro lado se tratarán solo dos de los diversos conceptos propios del desarrollo de teoría de la imputación objetiva, fundamentales para el resultado de la presente investigación, estos son la impericia y la negligencia, los cuales aplicados al campo de la medicina permitirán establecer en qué casos se configura una violación al deber objetivo de cuidado del profesional de la salud, por

² La investigación descriptiva opera cuando se requiere delinear las características específicas descubiertas por las investigaciones exploratorias. Díaz-Narváez VP, Calzadilla-Núñez A. Artículos científicos, tipos de investigación y productividad científica en las ciencias de la salud. *Rev Ciencia Salud*. 2016;14(1): 115-121. doi: dx.doi.org/10.12804/revsalud14.01.2016.10

³ El método deductivo que en términos de sus raíces lingüísticas significa conducir o extraer está basado en el razonamiento, al igual que el inductivo. Sin embargo, su aplicación es totalmente diferente, ya que en este caso la deducción intrínseca del ser humano permite pasar de principios generales a hechos particulares. Prieto Castellanos, B. J. (2017). El uso de los métodos deductivo e inductivo para aumentar la eficiencia del procesamiento de adquisición de evidencias digitales. *Cuadernos de Contabilidad*, 18(46). 1-27. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.cc18-46.umdi>

conurrencia de cualquiera de estas dos situaciones y que por ende sean determinantes en la ocurrencia de un resultado, bien por aumento en el riesgo permitido o por la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.

Finalmente se determinará cuáles son las excepciones a la responsabilidad penal del profesional de la salud en Colombia, originadas en la ruptura de una relación causal que impide que se le endilgue el resultado lesivo conforme lo implementado a partir del artículo 9 de la ley 599 de 2000, bien por la concurrencia de un eximente de responsabilidad, por una acción a propio riesgo del paciente o por circunstancias que tornan atípica la conducta.⁴

⁴ Concebiremos el método analítico como “un método científico de análisis del discurso basado en unos procedimientos generales que se aplican en el caso por caso a partir de la escucha de una situación concreta” (Ramírez, 2011, p. 573). LOPERA, Isabel – PEREZ PATIÑO, Juan. Gestión humana de orientación analítica: Un camino para la responsabilización. Revista de Administração de Empresas. Sao Paulo (Brasil). 2014.

1. DEBER OBJETIVO DE CUIDADO QUE LE ASISTE A LOS PROFESIONALES DE LA SALUD

1.1. La Lex Artis como directriz de la actividad médica.

La palabra *Lex* corresponde al significado dado en el idioma latín para definir a una ley; a su turno *artis* hace referencia al arte⁵; en ese orden en el desarrollo de diversas actividades, sobre todo aquellas que requieren mayor grado de habilidad, destreza y conocimiento dada su complejidad, tales como la conducción de vehículos, naves, aeronaves etc, o el ejercicio de profesiones igualmente riesgosas como lo son las relacionadas con la medicina, surge un nuevo concepto denominado *lex artis* o ley del arte.

Aterrizando a un escenario específico como lo es el campo de la medicina, encontramos que desde la antigüedad culturas como la egipcia, la griega y la romana, imponían al médico un comportamiento adecuado y responsable al momento de ejercer su profesión, so pena de verse enfrentado a diversas sanciones consignadas en las codificaciones de la época, las cuales podían llegar incluso a la pena de muerte.⁶

En ese orden ha de entenderse que este concepto hace referencia a todos los procedimientos generalmente admitidos y aceptados para cada caso en concreto, los cuales deben ser actualizados⁷, imponiéndose a su vez al profesional de la salud el deber de acatar y ceñirse a dichos procedimientos establecidos para cada caso en particular, como el de estar en constante capacitación con el fin de mantener al día sus conocimientos.

⁵ Real Academia de la Lengua Española. <http://lema.rae.es/dpd/srv/search?key=arte>

⁶ PORTERO, Guillermo. Responsabilidad penal culposa del médico. Fundamentos para el establecimiento de la negligencia o impericia.

⁷ RUIZ, Guillermo. Responsabilidad Penal del Médico. 2003. Revista Derecho N° 8.

No obstante lo anterior y encontrándonos frente a un concepto un poco más moderno de lo que puede entenderse como ley del arte, encontramos que dicho concepto también ha sido definido como el conjunto de reglas científicas o de la experiencia verificables y actuales que integran el conocimiento aprobado por la comunidad científica.⁸

Por lo anterior se verá que como lo han definido algunos autores, la lex artis en un concepto más integral, se origina en una serie de conocimientos que han dejado los errores acaecidos en ejercicio de la actividad médica, es decir todo un conjunto de experiencias lo cual le indica al profesional lo que debe y no debe hacer en desarrollo de su actividad, de conformidad con las técnicas y conocimiento que ha obtenido en su vida profesional.⁹

En un sentido más practico debe entenderse que la lex artis es la combinación armónica entre el saber adquirido por el profesional tras su paso por la academia, y la ejecución de los mismos ya en el campo de acción a través de su ejercicio profesional, toda vez que es dicha capacidad la que permite vislumbrar la pericia (sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte)¹⁰ con la que cuenta el galeno a la hora de llevar a cabo determinada valoración o procedimiento, lo cual será el factor determinante al momento de establecer una eventual responsabilidad cuando los resultados del procedimiento no sean los esperados.

1.2. Reglamentación de la Actividad Médica en Colombia.

En Colombia la actividad médica está regulada principalmente en la Ley 23 de 1981¹¹ y su Decreto reglamentario 3380 del mismo año, la cual consagra normas de ética médica desarrollando principalmente los principios bajo los cuales debe desempeñarse dicha actividad, en especial los

⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicación 33920 M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

⁹ POVEDA, Nilson. Imputación Objetiva, acciones a propio riesgo y Responsabilidad Medica en Colombia

¹⁰ Real Academia de la Lengua Española. <https://dle.rae.es/?id=Sc2spqb>

¹¹ SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Ley 23 de 1981
https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/Leyes/L0023_81.pdf

de la capacitación constante, la interrelación médico – paciente, la información de los riesgos y consecuencias de todo procedimiento tanto al paciente como a sus familiares y la respectiva solicitud de consentimiento expreso antes de ejecutar acciones que puedan afectar o invadir la integridad del paciente entre otros.

De igual forma y a pesar de la reglamentación de la actividad médica, en desarrollo de la práctica y la globalización de dicha profesión surgió la necesidad de legislar respecto de otras especialidades con mayor o igual nivel de riesgo, tal vez la más importante de estas es la anestesiología, razón por la cual se expidió la Ley 6 de 1991.¹² Tal especialidad conlleva un riesgo indiscutiblemente mayor en el desarrollo de cualquier procedimiento médico que requiera de su empleo, es por esto que desde su expedición dicha norma consagra como uno de los aportes más significativos tal advertencia, advirtiendo que *por el riesgo potencial a que están expuestos los pacientes y la permanente exposición a inhalación de gases tóxicos, radiaciones y situaciones de estrés por parte del anestesiólogo se considera la anestesiología como una especialidad de alto riesgo y debe tener un tratamiento laboral especial*¹³.

Así las cosas se podrá ver como la legislación en materia de regulación de la medicina y especialidades de alto riesgo como la anestesiología existentes en Colombia, han sido bastante estables, ya que han desarrollado el objeto para el cual fueron creados, esto es tanto el adecuado ejercicio de la profesión, como las sanciones disciplinarias derivadas de las faltas a la ética profesional en las que se pueden ver inmersos si realizan un ejercicio no ajustado a los lineamientos plasmados en las mismas.

¹² ROMERO, Beatriz. Del delito imprudente al delito doloso en la responsabilidad penal médica. Universidad Francisco Gavidia.2004

¹³ Ley 6 de 1991. Artículo 1 La anestesiología es una especialidad de la medicina fundamentada en las ciencias biológicas, sociales y humanísticas. Es una especialidad que estudia los principios, procedimientos, aparatos y materiales necesarios para practicar una adecuada anestesia. Además se integra en una forma multidisciplinaria con las otras especialidades médicas en el manejo integral de la salud. El médico especializado en anestesiología y reanimación es el autorizado para el manejo y práctica de esta especialidad.

1.3. Deber de cuidado en ejercicio de la actividad médica.

Una vez claro el significado de lo que se ha denominado como la *lex artis*, entramos en otro de los conceptos de mayor relevancia en el ejercicio de las actividades medicas como lo es el deber de cuidado. Este concepto no es otra cosa que el deber legal y ético que le asiste al profesional de la salud para ceñirse en marco de procedimientos médicos, a los protocolos previamente establecidos bien sea por la Organización Mundial de la Salud, la comunidad académica o porque también no decirlo a las experiencias decantadas que han dejado diverso número de procedimientos similares llevados a cabo en ejercicio de su profesión. Lo anterior con la única finalidad de que el profesional de la salud ponga al alcance de los pacientes todo el conocimiento adquirido en el devenir de la práctica clínica y así ejecutar dichos procedimientos con la mayor prudencia y eficacia posible.

En ese orden la jurisprudencia también ha definido en otros términos lo atinente al deber objetivo de cuidado, entendiéndose por tal el comportamiento prudente por parte del autor de una conducta puesta en el lugar del agente en condiciones normales y en desarrollo de una actividad riesgosa, de manera que si no obra con arreglo a esas exigencias infringe dicho mandato.¹⁴

Sin embargo, ha sido la doctrina la encargada de marcar la pauta en cuanto al concepto propiamente dicho de deber de cuidado en la actividad médico - sanitaria, definiendo a este como la obligación que le asiste a los profesionales de salud para asumir situaciones que se presentan en ejercicio de su profesión y las cuales deben ajustarse a tres presupuestos esenciales para respetar dicho deber, estos son la Ley, la *lex artis* y los juicios comparativos¹⁵.

¹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal Radicado 19746 M.P. Edgar Lombana Trujillo.

¹⁵ POVEDA, Nilson. Imputación Objetiva, acciones a propio riesgo y Responsabilidad Medica en Colombia. Los juicios comparativos surgen en marco del vacío existente entre la regulación legal y la ausencia de experiencias marcadas por la *lex artis* y consiste en la comparación entre casos marcados por lo que un hombre diligente (medico) hubiera realizado en un caso concreto, por lo que será este juicio de comparación el que permita determinar si un médico violó o no el deber objetivo de cuidado.

Así las cosas, dentro de los innumerables deberes que le asisten al profesional de la medicina en ejercicio de su labor, se encuentran los de tipo general y específico.

1.3.1. Deberes generales de cuidado: es aquel imperativo de obligaciones mínimas y reglamentos a los cuales debe ceñirse el profesional de la salud a la hora de ejercer su profesión.

- a) Diagnóstico y tratamiento: en primer lugar, en lo que hace referencia al diagnóstico podemos decir que es aquella actividad médica que tiene por objetivo identificar una enfermedad basándose en los síntomas que presenta el paciente, el historial clínico y los exámenes complementarios (físicos, analíticos, etcétera).¹⁶

El diagnóstico constituye además una obligación a cargo del galeno que pueda orientar las acciones a seguir con el fin de combatir las dolencias de su paciente, motivo por el cual debe ser lo suficientemente acertado, pues de este depende el éxito de dichas medidas, ya que el error en esta primera salida podría por el contrario traer consecuencias aún más desfavorables a quien presenta complicaciones en su salud.

Por otro lado el tratamiento hace referencia a todo el conjunto de actuaciones médicas y sanitarias que se realizan con el objetivo de prevenir, aliviar o curar una enfermedad, un trastorno o una lesión.¹⁷

El tratamiento debe hacerse por parte del médico basándose en los conocimientos adquiridos en la academia y prestando unos cuidados conscientes y atentos que permitan interrumpir el desarrollo normal de la enfermedad.¹⁸

¹⁶ DICCIONARIO DE CANCER. Prueba diagnóstica.

<https://www.cancer.gov/espanol/publicaciones/diccionario/def/prueba-diagnostica>

¹⁷ ENCICLOPEDIA SALUD. Tratamiento. <https://www.encyclopediasalud.com/definiciones/tratamiento>

¹⁸ CESANO, José. Tratado de Responsabilidad Médica. Editorial Legis. 2007.

- b) Información: en desarrollo de cualquier acto médico, siempre será indispensable sobre todo en aquellos casos que impliquen la práctica de algún procedimiento que pueda conllevar una amenaza antes, durante o posterior a su práctica, el deber de informar por parte del profesional de la salud, explicando en términos que le sean entendibles al paciente, lo que se va a realizar, que efectos le van a derivar del mismo, cuales son los riesgos objetivos que genera y que otras alternativas distintas existen.¹⁹
- c) Asistencia: en virtud de diversos pronunciamientos tanto a nivel local, como de índole internacional, se le ha impuesto a la actividad médico-sanitaria el imperativo de prestar sus servicios y poner todos sus conocimientos a disposición del paciente que lo requiere en razón a una sintomatología específica, o que se presenta ante un centro hospitalario en razón a una urgencia acaecida por diversos sucesos que pongan en riesgo su salud. Dicha obligación debe brindarse de manera oportuna, sin imponer cargas u obstáculos de tipo administrativo que puedan conllevar a un perjuicio mayor en la salud del paciente, motivo por el cual no puede el profesional de la salud negarse a prestar sus servicios y hacerlo de manera eficaz.²⁰
- d) Secreto: consiste en el imperativo ético que le asiste al profesional de la salud de mantener en reserva los detalles privados de su paciente, descubiertos con ocasión de la asistencia de este a algún procedimiento médico. Si bien esta obligación no implica una afectación directa en el cuerpo del paciente, si puede llegar a afectar la esfera de su intimidad y consonante con esta situación podría llegar a causar una afectación en la salud mental del usuario al ser expuesto.

¹⁹ SOLORZANO, Roberto. Del delito imprudente al delito doloso en la responsabilidad penal médica.

²⁰ GARAY, Oscar Ernesto (2008). *Derechos de los pacientes*. En TEALDI, Juan Carlos (Director). *Diccionario latinoamericano de Bioética*, pp. 249-253. Unesco – Universidad Nacional de Colombia

- e) Actualización del Conocimiento: sin duda la medicina es una de las profesiones que demandan mayor número de conocimientos de quienes deciden formarse en esta ciencia que tiene como objeto la prevención y/o tratamiento de afectaciones en el cuerpo o la salud de sus pacientes. Por tal razón se impone igualmente la obligación de actualizar dichos conocimientos en razón a los avances y adelantos de la ciencia y la tecnología, esto por cuanto debe adoptar todas las medidas necesarias siempre en beneficio de la salud de su paciente so pena de estar inmerso en temas de responsabilidad por desconocimiento inherente a su profesión.²¹
- f) Consultar otras opiniones: ante el elevado nivel de riesgo que conlleva la práctica de la medicina, es menester que el galeno acuda a otros profesionales de otras áreas de la salud o especialistas, con el fin de verificar el concepto que pueda tener antes de someter al paciente a cualquier procedimiento, lo anterior por cuanto tal situación le permitirá verificar si el tratamiento que se sigue o la intervención a la cual se someterá a este, es la acorde según la opinión de otros profesionales que puedan tener un conocimiento más específico, o por el contrario estos pueden sugerirle alternativas que puedan ser más efectivas y menos invasivas.²²
- g) Derivación del paciente: el medico tiene como obligación como se manifestó en los acápites anteriores, brindar un diagnóstico y tratamiento eficaz, así como brindar una asistencia médica oportuna, por tal motivo solamente podrá derivar o desprenderse de su paciente cuando el cuidado del mismo lo asuma otro profesional de la salud de iguales o superiores cualidades técnico-científicas, esto como se ha reiterado ampliamente con el fin de poner todos los medios que estén a su alcance para garantizar

²¹ GARCIA, Blázquez. La responsabilidad penal médica.

²² ASOCIACION MEDICA MUNIDAL. Código Internacional de Ética Médica. <https://www.wma.net/es/policias-post/codigo-internacional-de-etica-medica/>

la recuperación del usuario, de no hacerlo incurriría en una omisión dada su eventual posición de garante.²³

1.3.2. Deberes específicos de cuidado: Son aquellos que implican una mayor complejidad y compromiso en ejercicio de la actividad médica dada su trascendencia, los cuales se presentan a nivel tanto interno, como externo.

1.3.2.1. Deberes específicos de cuidado a nivel interno: Como principal obligación a nivel interno, encontramos precisamente ese juicio valorativo y autocrítico que debe hacerse el profesional de la salud previo a iniciar cualquier procedimiento, en lo que concierne a sus capacidades y habilidades, pues es este razonamiento el que le permitirá determinar si cuenta con la preparación necesaria para realizarlo sin poner en riesgo la vida o integridad de su paciente.²⁴

- a) Deber de valorar los conocimientos: previo a realizar cualquier tipo de procedimiento o de emitir un diagnóstico, el profesional de la salud debe hacer un análisis de sus propios conocimientos y experiencia, lo cual está dirigido a determinar si cuenta con la capacitación suficiente para atender al paciente de manera adecuada.²⁵

- b) Deber de valorar las condiciones físicas: teniendo en cuenta la naturaleza riesgosa de la actividad médica, quien la ejerce debe hacerlo de la manera más precisa y responsable posible, esto por cuanto se le exige, que además de poner a disposición de su paciente, todo el conocimiento y experiencia adquirida a lo largo de su ejercicio

²³ PORTILLA, Guillermo. La participación omisiva en delitos de resultado y simple actividad.1999.

²⁴ TORIO LOPEZ, Ángel. El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos.

²⁵ VERA, Oscar. Aspectos éticos y legales en el acto médico. Rev. Méd. La Paz v.19 n.2. 2013.

profesional, lo aplique teniendo en cuenta la ética que rige su actividad. Es por esta razón que previo a cualquier procedimiento el profesional de la salud debe observar si su estado físico es óptimo para realizarlo, esto por cuanto puede suceder por ejemplo que cuente con los conocimientos y experiencia suficientes para intervenir a su paciente, pero justo el día de la intervención quirúrgica, el profesional de la salud amaneció con una terrible migraña, la cual le provoca una pérdida de capacidad visual temporal, situación que impediría que este desempeñara su actividad de la forma más idónea posible, conllevado a apartarse del procedimiento o en su defecto posponerlos, pues de realizarlo en estas condiciones, expondría al paciente a una eventual lesión no prevista o incluso la muerte.²⁶

- c) Deber de valorar las condiciones psicológicas: el profesional de la salud, a pesar de su exigente formación académica, está expuesto a situaciones imprevistas de orden emocional, bien por estrés, tristeza, rabia etc, las cuales también impedirán que desarrolle su labor con la precisión requerida, motivo por el que deberá apartarse del procedimiento y de su ejercicio profesional hasta tanto se sienta en mejores condiciones anímicas.

1.3.2.2. Deberes específicos de cuidado a nivel externo: Son aquellos que implican la verificación de las condiciones en las cuales se iniciará la puesta en marcha del ejercicio medico en la integridad del paciente.

- a) Deber de evitar acciones peligrosas: el profesional en ejercicio de su actividad debe moverse dentro de un nivel de riesgo permitido por la ley dada la naturaleza de la misma. Es por esta razón que le asiste un deber general de cuidado, encaminado a evitar

²⁶ CARRILLO, Luz María Reina. La responsabilidad profesional del médico en Mexico. Editorial Porrúa. 2005.

la realización de todas aquellas actividades que atenten contra la vida o integridad personal del paciente.

Esta regla implica que el profesional de la salud que no cuente con la formación especializada suficiente para la realización de un determinado procedimiento, deberá abstenerse salvo que se trate de un caso de extrema urgencia, de intervenir en el mismo, esto por cuanto su comportamiento desplegará una serie de actividades que aumentaran el nivel de riesgo y peligro existente, tanto para el paciente, como para el profesional.²⁷

- b) Deber de preparación previa: una de las obligaciones de mayor trascendencia para el profesional de la salud, es el de la preparación del paciente para el procedimiento a realizar, puesto que dependiendo de las condiciones de este y de la complejidad de la intervención, deberán ser las medidas que se adopten antes de emprender la práctica.

Por tanto, claro resulta que es un imperativo para el profesional de la salud, adoptar todas las medidas necesarias a nivel fisiológico, psicológico y hospitalario para que el procedimiento realizado salga de manera exitosa.²⁸

- c) Deber de valorar el centro hospitalario donde se va a realizar el procedimiento: dentro de la preparación previa como deber específico externo del profesional de la salud, se encuentran las condiciones hospitalarias en las cuales se pretende llevar a cabo determinado procedimiento, esto toda vez que no todos los centros médicos cuentan con las condiciones tecnológicas, locativas e instrumentales para que la intervención en cualquiera de sus fases sea lo menos riesgosa posible para el paciente.

²⁷ GUZMAN, Fernando – ARIAS, Carlos. Deber general de cuidado. Rev Colomb Cir. 2012; pag. 27:264-69.

²⁸ BARREIRO, Héctor- BARREIRO, Adriana- QUESADA, Zulema – FERNANDEZ, Eugenio – MARRERO, Martín. La responsabilidad profesional del médico. Rev Cubana Med Gen Integr v.21 n.1-2 Ciudad de La Habana ene.-abr. 2005

Es por tal razón que los hospitales y clínicas se clasifican en cuatro niveles según su infraestructura: los de primer nivel hacen referencia a aquellos donde se atiende a la población para la prevención de enfermedades, medicina general, vacunación, y atienden necesidades como la odontología, consultas generales, ginecología, atención de urgencias mediana, laboratorio, y eventualmente partos no complejos. Un ejemplo de este tipo de establecimientos son los denominados centros o puestos de salud, de municipios o localidades alejadas, que únicamente cuentan en su gran mayoría con elementos y equipos de baja complejidad y consultorios básicos.

Los de segundo nivel son aquellos en los cuales se realizan y atienden procedimientos de complejidad media, donde cuentan con algunos especialistas que están preparados para atender cualquier emergencia en específico, como cesáreas, entre otras complicaciones no tan graves que ameriten de atención no complejas, puesto que en algunos casos no cuentan con el servicio de hospitalización adecuado, ni unidades de atención crítica. Como centros de tercer nivel podemos considerar a los que reciben a los referidos de otros niveles para algún tipo de rehabilitación, o de otras instituciones donde no se pueda atender dada su alta complejidad o falta de instrumentos necesarios para la recuperación del paciente. Pudiendo ser necesario de intervenciones quirúrgicas de extrema prontitud y de atención, contando con todo el equipo de especialistas, unidades de atención crítica con disponibilidad de servicios como oncología, radiología, patología, entre otros.²⁹

En ese sentido cobra vital importancia la capacidad y ética del profesional de la salud al analizar los recursos humanos, físicos y tecnológicos con los que cuenta, dado que someter a un paciente a un procedimiento, en un lugar donde no cuenta con herramientas suficientes, puede aumentar el riesgo de los resultados de este, situación que comprometería ampliamente la responsabilidad de quien desempeña tal actividad.

²⁹ CLASIFICACION DE HOSPITALES. <https://www.clasificacionde.org/hospitales/>

- d) Deber de valorar con el fin de establecer si se trata de una urgencia: el profesional de la salud, cuenta con la capacidad de establecer y clasificar el nivel de urgencia en el que se encuentra el paciente, por tanto es aquí donde el concepto de triage o triaje entra a desempeñar un papel de vital importancia.

El triage o triaje consiste en un proceso que permite una gestión del riesgo clínico para poder manejar adecuadamente y con seguridad los flujos de pacientes cuando la demanda y las necesidades clínicas superan a los recursos. Actualmente se utilizan sistemas de triaje estructurado con cinco niveles de prioridad que se asignan asumiendo el concepto de que lo urgente no siempre es grave y lo grave no es siempre urgente y hacen posible clasificar a los pacientes a partir del “grado de urgencia”, de tal modo que los pacientes más urgentes serán asistidos primero y el resto serán reevaluados hasta ser vistos por el médico.³⁰

Desde esa óptica, claro resulta que es un imperativo para el profesional de la salud, valorar y clasificar según lo comprometida que se pueda encontrar la vida del paciente, pues esto amerita su intervención inmediata y mal haría darle prelación a un paciente que si bien presenta una afección en su salud, está en la capacidad fisiológica de esperar su atención, dejando de lado a quien de no atender de manera instantánea puede fenecer.

Así las cosas, podemos concluir en primer lugar que la actividad medica se encuentra regulada por unos lineamientos trazados en primer lugar por quienes han venido ejerciéndola desde tiempo atrás, motivo por el que las leyes del arte o *lex artis*, se materializa a través de todos los protocolos y manuales que deben acatarse por quienes se capacitan para dicha labor. Estos procedimientos a su vez se reflejan en la legislación que regula el desarrollo de la práctica médica en Colombia, lo cual

³⁰ GOMEZ, M. El triaje: herramienta fundamental en urgencias y emergencias. *Anales Sis San Navarra* vol.33 supl.1 Pamplona 2010.

en conjunto da origen a lo que se ha denominado como el deber de cuidado, que consiste en el cumplimiento de un conjunto de obligaciones, las cuales deben desplegarse de manera sistemática, como un todo, que funciona en armonía, con el fin de agotar todas las alternativas a su alcance y en ese orden contribuir a la prevención o control de enfermedades o afecciones que pongan en riesgo el daño en cuerpo o salud de los pacientes.

Este elemento resulta indispensable como se verá más adelante para determinar en qué casos el profesional de la salud actúa sin la capacitación requerida, o de manera negligente o imprudente, situación que el legislador ha determinado puede dar origen a una a una sanción penal.

2. ¿EXISTE IMPUTACION OBJETIVA DEL RESULTADO EN LOS DELITOS OCASIONADOS POR LOS PROFESIONALES DE LA SALUD?

2.1. La Causalidad en el Derecho Penal.

El concepto de causalidad es la realidad fáctica según la cual a toda causa le sigue un resultado y por tanto, el nexo que les une es la relación de causalidad. Al Derecho Penal le interesa atribuir resultados perniciosos a una determinada conducta, por lo que es necesario, en primer lugar, establecer si entre la acción humana penalmente relevante y un resultado existe una relación de causalidad desde una perspectiva natural. Dicho vínculo debe trascender al derecho penal, por lo que el segundo paso, en consecuencia, es un juicio normativo, conocido como juicio de imputación objetiva.³¹

Por tal razón únicamente habrá lugar a una sanción penal cuando un vez realizado un juicio valorativo en el aspecto tanto objetivo como subjetivo que permitan demostrar que en efecto el resultado demostrado científicamente fue producto bien de la voluntad o bien de la imprudencia del autor.³²

En desarrollo del estudio de los hechos delictivos como fenómenos causales, el derecho penal ha clasificado la causalidad así:

³¹ LA CAUSALIDAD EN DERECHO PENAL. Publicado en la Revista Jurídica Digital Enfoque Jurídico el 10 de noviembre del año 2015. <http://www.enfoquejuridico.info/wp/archivos/4185>

³² Para que exista responsabilidad penal no basta con constatar que se ha realizado un hecho desde una perspectiva objetiva, sino que es preciso que concurra dolo (intención) o culpa (falta de cuidado), si no hay dolo o culpa no habrá responsabilidad penal. <https://prezi.com/amrjcsb06f93/derecho-penal-imputacion-subjetiva/>

- a) Causalidad Acumulativa: se presenta cuando varias condiciones independientes unas de otras tienen injerencia de manera conjunta con su actuar en la producción de un resultado.³³
- b) Causalidad Interrumpida: conocida también como desviaciones causales, se presenta cuando un hecho independiente interviene en el curso causal, haciendo inoperante el proceso causal iniciado.³⁴
- c) Causalidad Alternativa: ocurre cuando varias condiciones actúan conjuntamente, de manera independiente y cada una de ellas es suficientemente efectiva para la producción del resultado.
- d) Causalidad Hipotética: concurre cuando existe una causa diferente que hubiese producido al mismo tiempo el mismo resultado.³⁵
- e) Causalidad Adelantada: se exterioriza ante la presencia de dos o más conductas dirigidas a la consecución del mismo resultado, pero una de ellas obtiene de manera adelantada la consecución del mismo.

2.2. Teorías de la Causalidad

En desarrollo de la evolución de la causalidad como concepto propio del derecho han surgido diverso número de teorías dentro las cuales se destacan las siguientes:

³³ ROJAS, Sergio - MOJICA, Juan Diego, De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana, 129 Universitas, 187-235 (2014). <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129>.

³⁴ VELEZ, Giovanna La imputación objetiva: fundamento y consecuencias dogmáticas a partir de las concepciones funcionalistas de roxin y jakobs.

³⁵ SANCINETTI, Marcelo. ¿Incidencia de los cursos causales hipotéticos en el Derecho penal?

- 2.2.1.** Teoría de la equivalencia de las condiciones: tiene como principales exponentes a Von Buri y Von Lizst, parte de la idea de que todo resultado es producto de varias condiciones, entendiéndose por condición sólo a aquellos hechos sin los cuales el resultado no se hubiese producido. En esta teoría, no se realiza ninguna selección de las muchas condiciones de cualquier resultado, sino que todas se consideran equivalentes, de igual valor, por lo que a ese juicio de equivalencia se le debe su nombre a la teoría de la equivalencia.³⁶
- 2.2.2.** Teoría de la adecuación: para esta teoría una causación sólo será jurídicamente relevante si no es improbable, razón por la cual sólo es causal una conducta que posee una tendencia general a provocar el resultado típico, mientras que las condiciones que sólo por causalidad han desencadenado el resultado son jurídicamente irrelevantes y en ese orden no toda condición del resultado es causa en sentido jurídico, sino sólo aquella que es adecuada para producir el resultado.³⁷
- 2.2.3.** Teoría de la causalidad adecuada: presupone que para que se dé la existencia de la relación de causalidad, se requiere que el agente haya determinado o producido el resultado con una conducta proporcionada y adecuada. La consecuencia de esta teoría radica en que no se consideran causados por el agente los efectos que en el momento de la acción se presentasen como improbables, es decir, los efectos extraordinarios o atípicos de la acción misma, por cuanto no toda condición que produzca un resultado puede ser considerada

³⁶ DERECHO VENEZOLANO. Teoría de la equivalencia de condiciones o de la “conditio sine qua non”. <https://derechovenezolano.wordpress.com/2016/03/28/teoria-de-la-equivalencia-de-condiciones-o-de-la-conditio-sine-qua-non/>

³⁷ JAKOBS, Los pormenores del tipo objetivo mediante la acción, en Imputación objetiva y antijuridicidad, Estudios de Derecho Penal, Primera edición, Editorial Jurídica Bolivariana, 2002, Pág. 107

como la causa del mismo, sino solo aquello que conforme a la experiencia es adecuada para producir un resultado típico.³⁸

2.2.4. Teoría de la causalidad relevante: esta teoría hace referencia a la trascendencia e importancia de una condición en la producción del resultado, de tal manera que al suprimirla mentalmente automáticamente también conllevará a la desaparición del resultado.³⁹

2.3.La Imputación objetiva en el derecho penal.

La imputación objetiva hace referencia al concepto según el cual un resultado o hecho típico penalmente relevante sólo será imputado objetivamente cuando se ha realizado en él, el riesgo jurídicamente no permitido creado por el autor; o en otras palabras, un resultado debe imputarse al autor si se verifica que con su acción se elevó el nivel de riesgo permitido, siendo concretizado dicho riesgo en un resultado, el cual a su vez pertenece al ámbito de protección de la norma penal.⁴⁰

No obstante en desarrollo de diversas actividades está social e incluso legalmente aprobado (tiene que entenderse como la permisión del ordenamiento a la limitación de la capacidad de acción basado en el presupuesto que no es posible prevenir todo riesgo) un nivel de riesgo, esto conlleva a que el agente pueda ejecutarlas bajo unas previsiones específicas como es el caso de la conducción, caso en el cual al ceñirse a los reglamentos o protocolos establecidos para cada actividad dicho nivel de riesgo va a desaparecer o de concurrir será en un nivel mínimo.⁴¹

³⁸ IBÁÑEZ, Causalidad e imputación objetiva, en Imputación objetiva y antijuridicidad, Estudios de Derecho Penal, Editorial Jurídica Bolivariana, 2002, Pág. 275.

³⁹ LARRAURI, Pijoan Elena. Introducción a la imputación objetiva, en Imputación objetiva y antijuridicidad, Estudios de Derecho Penal, Editorial Jurídica Bolivariana, 2002, Pág. 83.

⁴⁰ LOOR, Eduardo Franco. Estudio de la teoría de la imputación objetiva en Derecho Penal. Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva.

⁴¹ REYES, Italo. Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva. Revista Ius et praxis N° 1, 2015. Universidad de Talca, pag. 137 – 170.

Desde esa perspectiva para que sea imputable un resultado es necesario que exista una conducta alternativa conforme a derecho en virtud de la cual, si se hubiese optado por esta, no existiría relevancia típica fáctica, esto por cuanto lo que se tiene que analizar es la creación de un riesgo antijurídico o el aumento injustificado del riesgo permitido a tal punto de llevarlo a que mute su naturaleza jurídica, concretándose el resultado en el tipo penal.⁴²

El ordenamiento jurídico colombiano no ha sido ajeno a los postulados de la imputación objetiva en el derecho penal, puesto que de conformidad con lo dispuesto por el legislador en el artículo 9° de la Ley 599 de 2000, como norma rectora se erige en el cuerpo de tal codificación que la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado, esto en palabras cortas indica que la atribución de los resultados operará con la suma de dos factores, la causalidad y la imputación jurídica del autor (relación causal).⁴³

2.3.1. El Riesgo permitido

Como se esbozó en precedencia, existen actividades que ya desde su génesis implican el seguimiento de cierto conjunto de reglas, las cuales amparan el riesgo propio de su naturaleza, el cual está amparado y exento de sanción siempre y cuando se desarrolle dentro de unos parámetros específicos.

Sin embargo existe otra fuente que soporta la existencia de riesgos en desarrollo de ciertas actividades, esto se reduce al *modus vivendi* de cada comunidad, la forma en que interactúan los sujetos que la conforman de acuerdo a un aspecto social y cultural que conlleva a que se comporten de manera similar, soportando dichos niveles de riesgo sin necesidad de acudir a reglamentos o normas escritos que así lo consagren.

⁴² CASTRO, Juan José. La Imputación objetiva.

⁴³ LÓPEZ, Claudia. Acciones a propio riesgo. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2006.

En ese orden y desde esta segunda perspectiva surge el concepto de riesgo permitido o también conocido como riesgo jurídicamente relevante, que no es otra cosa que lo que la doctrina ha denominado el estado de interacción normal⁴⁴, es decir como el comportamiento que genera el actuar permitido que se considera socialmente normal y esto no porque se tolere, sino porque dichos comportamientos que se desarrollan dentro del riesgo permitido no incurren en ningún tipo penal, por lo que como se verá más adelante, únicamente será objeto de sanción quien infrinja dicho riesgo permitido.

2.3.2. Principio de Confianza

El avance de la tecnología y la globalización han traído consigo la posibilidad de que las personas incursionen en diferentes tipos de actividades que si bien facilitan la vida de muchas personas en el mundo, conllevan un alto nivel de riesgo de manera implícita, ya sea utilizando medios de transporte o en desarrollo de algún procedimiento medico entre otros, las cuales de resultar fallidas generarían consecuencias irreversibles.

Es por tal razón que se puede describir el principio de confianza como aquella situación que no crea un riesgo jurídicamente desaprobado, quien, realiza una actividad de manera conjunta, y no ostentando la posición de garante respecto del bien jurídico, confiando en que los demás llevarán a cabo su tarea de conformidad con el rol de cada uno. Trayéndolo a palabras más sencillas puede entenderse siempre como la experiencia de que otras personas cometen errores, se autoriza a confiar en su comportamiento correcto, riesgo que se asume partiendo del presupuesto de tener claro que dentro de la vida diaria, cada cual debe hacer lo que le corresponde.⁴⁵

⁴⁴ JAKOBS, Gunter. Acción y omisión en el derecho penal, (trad. Luis Carlos Rey y Javier Sanchez Vera). Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2000.

⁴⁵ REYES ALVARADO, Yesid. Sobre el principio de confianza, cfr Imputación objetiva. Ed. Temis, Segunda edición, Bogotá, DC. 1996. p. p. 141 y s. s.

En razón a dichos avances en la medicina, el desarrollo de procedimientos médicos ha venido siendo ejecutado por equipos de profesionales de la salud, los cuales cumplen una función distinta en ejercicio de su actividad, bien sea el médico cirujano, el instrumentador quirúrgico, el anestesiólogo o un enfermero, cada uno de ellos tiene asignada una tarea independiente en virtud de los manuales y protocolos que regulan su actividad, por lo cual debe materializarse aún más el principio de confianza, partiendo del supuesto de que cada uno de los profesionales tiene la capacitación adecuada y la experiencia suficiente para hacerse cargo de la función asignada y en el evento de que se cause una lesión al paciente y que la misma pueda ser catalogada como delito, esto ayudará a delimitar tal responsabilidad.⁴⁶

2.3.3. Posición de garante.

El concepto de posición de garante ha sido definido como la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable. Se aparta de la misma quien estando obligado incumple ese deber, haciendo surgir un evento lesivo que podía haber impedido.⁴⁷

Nuestra legislación penal Colombiana establece los eventos en los cuales se ostenta dicha posición de garante, las cuales si bien están consagradas de forma taxativa, deben ser interpretadas en un contexto amplio dependiendo la situación en que se presente. A la luz de nuestra normatividad se ostenta posición de garante cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio; cuando exista una estrecha comunidad de vida; cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias

⁴⁶ TERRAGNI, Marco Antonio. El delito culposo en la actividad médica. Ed. Rubinzal - Culzoni. Buenos Aires, 2003. P. 202.

⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia 1184 de 2008. Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla

personas; cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.⁴⁸

Dicho concepto, propio de los comportamientos que se encuadran dentro de los tipos penales de comisión por omisión, adquiere gran relevancia en la prestación de servicios de salud, esto por cuanto conforme a la dogmática que rige nuestro derecho penal, tales delitos pueden ser ejecutados de manera propia o impropia. La omisión propia hace referencia a la simple pasividad o inactividad del sujeto, situación que lo hace responsable de la producción de un resultado (omisión de socorro); por otro lado la omisión impropia concurre cuando existe un especial deber de garantía que hace del sujeto omitente garante del resultado, situándolo en una posición de garantía, que le individualiza y distingue del resto de ciudadanos, imputándosele el resultado material como si materialmente lo hubiera causado.⁴⁹

Ahora bien como se viene mostrando de los procedimientos médicos y el actuar de los profesionales de la salud, encontramos que estos ostentan posición de garante frente a sus pacientes dada la naturaleza riesgosa de la actividad médica⁵⁰, pues es también su naturaleza hipocrática por así decirlo, la que impulsa a estos galenos a asumir voluntariamente la ejecución de actividades riesgosas, en ocasiones por varios de ellos, con la única finalidad de salvaguardar la vida y salud de los pacientes que requieran asistencia.

Sin embargo y a pesar de la principal motivación de los equipos médicos, existe una delimitación frente a la posible afectación que puedan tener bienes jurídicos del paciente, tales como la vida o la integridad personal, esto por cuanto se pueden desobedecer algunos de los deberes que le asisten

⁴⁸ PELÁEZ, J. M. (2016). Configuración del “principio de confianza” como criterio negativo de tipicidad objetiva. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 19, 37, 15-35. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.1677>

⁴⁹ VARGAS, J. Cárdenas, M & Dussan, H. (2010). *Delitos de omisión impropia*. Bogotá: Ibáñez.

⁵⁰ ARIZA FORTICH, Alma, La responsabilidad médica como actividad peligrosa: análisis de caso en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, *126 Vniversitas*, 15-37 (2013)

ya sea por falta de cumplimiento de sus obligaciones como médico o en infracción de los postulados de la *lex artis*.

En conclusión podemos señalar que la teoría de la posición de garante aplicado al campo de la medicina, es el instrumento dogmático con el cual, el derecho penal pretende captar para la realidad normativa y por consiguiente definir deberes y ámbitos de responsabilidad concretos, por cuanto lleva implícito la relación de quien debe prestar guarda y protección en un campo amplio, donde su configuración está establecida en este caso para los delitos de omisión, por lo que, se debe tener en cuenta la expectativa, entendida como una actuación de la cual una persona es determinada para una situación específica, que se logra desenvolver en condiciones propias de su campo o actos para interceder en pro de la protección de un bien jurídico.⁵¹

2.4. El Tipo objetivo imprudente

Podemos definir al tipo objetivo como el conjunto de elementos extrínsecos al agente que permiten constatar el acto delictivo, que funciona como un elemento de garantía. Colorario a lo anterior en el desarrollo de diversas actividades en su mayoría las que implican un alto nivel de riesgo, ha surgido el denominado tipo objetivo imprudente, el cual puede ser definido como la ejecución del tipo objetivo de un delito doloso, por haber infringido un deber de prudencia o cuidado, bien por ignorar la concurrencia de tal deber, y con ello, hasta la misma situación de riesgo, o bien porque, aun conociéndola, el autor creyó que un resultado previsible no habría de producirse, todo ello realizando una acción que objetivamente puede ser imputada al autor.⁵²

⁵¹ ROSERO CASTILLO, Alvaro. La posición de garante del médico en el servicio público de urgencias. Popayán, 9 de mayo de 2014.

⁵² FOSSI, Josué. El dolo eventual. Ensayo sobre un modelo límite de imputación subjetiva. 2015. Venezuela: Editorial Livrosca. pp. 88 y ss

Para la configuración del tipo objetivo imprudente se requiere la demostración de la existencia del deber objetivo de cuidado, que para la presente investigación debe recaer en el profesional de la salud bien por un aspecto o componente interno y un aspecto externo en dicho deber de cuidado.

El aspecto interno frente al cuidado del profesional de la salud consiste en la obligación que le asiste a este de advertir la presencia de riesgos, para lo cual deben realizarse unas valoraciones previas al paciente. Por otro lado el aspecto externo en desarrollo de la actividad médica, aparece luego de que se ha superado la evaluación interna del profesional de la salud, afrontar la atención del paciente conforme a los parámetros establecidos previamente por los protocolos y la *lex artis*, omitiendo acciones peligrosas y actuando dentro del riesgo permitido, sin poner en riesgo la vida o salud del paciente.⁵³

En ese orden si el profesional de la salud una vez conoce las condiciones que se tienen para actuar y las mismas no son idóneas para realizar el procedimiento, y aun así decide realizarlo, está excediendo el riesgo permitido, razón por la cual su comportamiento está llamado a ser objeto de reproche y una eventual sanción, pues su obligación consiste en actuar con prudencia en aquellos casos que exista peligro, o en su defecto mantenerse dentro del riesgo permitido conforme a postulados de prevención y manejo.

2.4.1. La culpa.

Contrario a lo depuesto en el acápite anterior ahora haremos referencia al aspecto subjetivo del tipo imprudente, es decir la eventual finalidad que pueda tener el agente con la comisión de determinada conducta. En ese orden existen dos elementos que concurren para la configuración de la culpa en

⁵³ JESCHECK, Hans, Tratado de derecho penal, parte general, cuarta edición, editorial Comares, 1993, p 524.

esta clase de comportamientos imprudentes, a saber un elemento volitivo y un elemento cognoscitivo.

2.4.1.1 Elemento volitivo: se materializa en la voluntad de realizar la conducta, la cual se dirige a la obtención de un resultado específico, y en ese sentido debemos señalar que la acción tiene una finalidad específica, que en ningún caso está encaminada a producir un resultado dañoso.

2.4.1.2 Elemento cognoscitivo: consiste en que la persona tenga el conocimiento pleno de que con su conducta puede lesionar un bien jurídico tutelado, es decir implica que conozca la amenaza que puede representar su conducta y pueda prever el resultado. En ese orden conociendo el agente que con la conducta puede producir un daño, conlleva además que se pueda representar el resultado.

En Colombia normativamente encontramos la culpa definida como el resultado producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo, concepto que implícitamente lleva inmersos los conceptos de culpa con representación y culpa sin representación.

2.4.1.3. Culpa con representación: se presenta cuando el agente se representa un resultado y confía en poder evitarlo, a pesar de que advierte la amenaza de su conducta. En el campo de la medicina el profesional de la salud siempre va a desenvolverse dentro de esta clasificación de la culpa o imprudencia dado que ostenta un elemento intelectual, el cual le permite identificar que su comportamiento puede ocasionar un daño al paciente y aun así decide realizarlo. En el caso de los profesionales de la salud a modo de ejemplo pueden verse inmersos en este panorama cuando deciden realizar un procedimiento quirúrgico aun si el paciente no se sometió a los exámenes

previos requeridos, o cuando deciden realizar el procedimiento sin estar en el pleno goce de sus capacidades psíquicas o físicas.

2.4.1.4. Culpa sin representación: se presenta en aquellos casos en que el agente no advierte un resultado, a pesar que debió haberlo previsto por ser previsible, es decir era inevitable que ocurriera el resultado pero a pesar de eso no se adoptan las medidas encaminadas a evitarlo.⁵⁴

2.4.2. El dolo

El dolo en desarrollo de la teoría del delito ha sido definido como la intención manifiesta de cometer determinado comportamiento, es decir al igual que la culpa concurren los elementos volitivo y cognoscitivo. En igual sentido será dolosa aquella conducta cuyo resultado sea previsible y su resultado se deje librado al azar.

Así las cosas el dolo llevará siempre inmerso un mayor contenido de cada uno de sus elementos, por cuanto a diferencia de la culpa, el dolo implica un animus direccionado efectivamente a la consecución del resultado que se conoce. De igual forma se presenta el dolo cuando en ejecución de la conducta se conoce que el actuar desplegado atenta contra el bien jurídico y a pesar de dicho conocimiento se deja librado al azar la realización del resultado.

En lo que respecta a los profesionales de la salud y su eventual comportamiento doloso en principio podría decirse que no tiene cabida, esto por cuanto la afectación a alguno de los bienes jurídicos del paciente que puedan lesionarse en desarrollo de procedimientos médicos, concurre como consecuencia de la impericia o negligencia, no obstante a la luz de la normatividad vigente en

⁵⁴ ORDÓÑEZ VASCO, Paula, Responsabilidad civil por actividades peligrosas, Bogotá 2010.

materia penal en nuestro país, no descarta la posible comisión de conductas catalogadas como punibles a título de dolo.

Lo anterior ocurre necesariamente en desarrollo de procedimientos médicos en los cuales el actuar del galeno este dirigido inequívocamente a transgredir el bien jurídico tutelado de su paciente, o por otro lado cuando este incurre en alguno de los tipos penales específicos que ostentan al profesional de la salud como sujeto activo calificado y admiten el dolo como forma de ejecución de la conducta (aborto, lesiones al feto, inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas entre otros). Por tanto, si bien en principio los profesionales de la salud están en la órbita del deber de cuidado y por ende dentro de los cánones de la diligencia y la pericia que deben tener en desempeño de sus labores, tal situación no es óbice para que no caigan en conductas dolosas, producto de la infracción a sus deberes profesionales que les impone la *lex artis* y los postulados de la actividad médica, o por un actuar inequívocamente dirigido a transgredir el bien jurídico de la vida o la integridad personal.

Así, se puede concluir que en desarrollo de una sociedad donde dada la interacción de sus integrantes existe u nivel de riesgo en cada una de las actividades que desempeñan: este riesgo conlleva un nivel jurídicamente aprobado y permitido por el legislador, razón por la cual se regula mediante manuales de procedimiento, reglamentos, protocolos etc. No obstante, tal situación es el mismo legislador quien a su vez sanciona y penaliza a quienes desbordan dicho nivel de riesgo permitido o van más allá creando un riesgo total y jurídicamente desaprobado.

Así las cosas, la practica medica al ser una actividad riesgosa no es ajena a tal razonamiento, pues quienes la ejercen deben ceñirse a los manuales y protocolos que regulan cada uno de los procedimientos que van a realizar, pues de no hacerlo bien por desconocimiento o bien por negligencia puede incurrir en un tipo penal de manera imprudente, pues como se dijo anteriormente ostenta una posición de garantía frente a su paciente dadas sus cualidades y formación académica.

Sin embargo, al ocasionarse una afectación en la vida o integridad personal del paciente, no basta con la mera relación causal entre la acción y el resultado de la misma, pues nuestra legislación penal colombiana no encuentra viable la responsabilidad objetiva, razón por la que debe salir a la luz dicho actuar negligente, imprudente o impericia del profesional de la salud con el fin de establecer el actuar culposo del mismo y por ende el elemento subjetivo del tipo penal.

Por lo anterior se puede indicar que a excepción de los delitos consagrados expresamente por el legislador, el profesional de la salud siempre incurre en delitos imprudentes o culposos, a los cuales les es perfectamente aplicable la teoría de la imputación objetiva, pues no bastará con el mero resultado lesivo en la vida o salud del paciente, sino que deberá siempre observarse las circunstancias en que se produjo dicha afectación y si la misma se dio con ocasión al actuar del mismo por un incremento en el riesgo jurídicamente permitido o la creación de uno jurídicamente desaprobado.

3. LA NEGLIGENCIA Y LA IMPERICIA COMO DETONADORES DE CULPA EN PROCEDIMIENTOS MEDICOS.

En desarrollo de procedimientos en los que se encuentre comprometida la vida e integridad física del ser humano, entendiéndose esta como el adecuado desarrollo de las funciones de sus miembros y órganos, surgen circunstancias negativas en las cuales pueden incurrir los profesionales de la salud en ejercicio de su actividad y que conllevan a resultados lesivos sobre su paciente. No obstante, cabe aclarar que el error es válido en cualquier actividad humana, por lo que siendo la medicina una de ellas, no está exenta de éstos “errores”, al no ser infalible. Sin embargo, el derecho a equivocarse también es una de las responsabilidades que asume el individuo, por lo que existe una diferencia entre el error y la mala práctica médica, ya que se presume que quien la práctica es un profesional a quien se le exige una experiencia y una categoría.

La medicina como actividad riesgosa, está sujeta a disposiciones y procedimientos específicos que rigen su adecuado ejercicio, razón por la cual al momento de establecerse si el profesional de la salud desconoció las normas y reglamentos (definidos como todas las disposiciones normativas proferidas por la autoridad competente como leyes, decretos, resoluciones, manuales, protocolos) dirigidos a disciplinar la adecuada marcha de las fuentes de riesgo y que permiten la configuración del principio de confianza al estimar que los demás participantes de la sociedad se comportaran conforme a derecho dependiendo cada una de sus actividades, deberán analizarse otros aspectos, pues este desconocimiento por sí solo no implicará que el resultado lesivo sea forzosamente detonador de responsabilidad penal, sino que conforme a la teoría de la imputación objetiva, deberá acreditarse un actuar negligente, imprudente o sin la pericia necesaria, para que pueda estimarse que la omisión de acatar las normas o reglamentos configuró una mala praxis del profesional, materializada en el resultado y que derivará en una atribución de responsabilidad penal.⁵⁵

⁵⁵ MONTEALEGRE, Eduardo. La culpa en la actividad medica: imputación objetiva y deber de cuidado. Universidad Externado de Colombia. 1987. Bogotá.

A pesar de existir varios generadores de culpa dentro del delito culposo, dentro de los cuales se encuentran la imprudencia, la negligencia y la impericia, para el desarrollo de la presente investigación se profundizó solo en los dos últimos, pues conforme a lo expuesto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su sala de casación penal, son los que se presentan en mayor proporción al desarrollarse procedimientos médicos, pues si bien la imprudencia consiste en la elección de medios que implican un aumento en el riesgo jurídicamente permitido que posteriormente ocasionaran el resultado, tal instituto se presenta en menos oportunidades al estudiarse los delitos en que incurren los profesionales de la salud.⁵⁶

3.1. Negligencia

La negligencia aplicada al campo de la medicina, puede entenderse como un acto mal realizado por parte de un proveedor de asistencia sanitaria, que se desvía de los estándares aceptados en la comunidad médica y que causa alguna lesión al paciente, es decir que podemos entender que es negligente el profesional de la salud, que teniendo la capacitación y formación necesaria que soportan el título profesional que lo acredita, aplica de manera desafortunada los conocimientos adquiridos, por cualquiera de las infracciones a la *lex artis*, que como lo vimos en precedencia está compuesta por criterios unificados por la comunidad científica a lo largo de la experiencia decantada de la vida, aunado a la evolución de las técnicas y conocimientos, que comportan tal vez la obligación más importante del galeno, puesto que dicho conocimiento actualizado puede mejorar su perspectiva al enfrentarse a un caso determinado.

De la misma forma puede entenderse la negligencia cuando se hace un diagnóstico erróneo o cuando no se acatan las prácticas médicas estándar, por parte de los médicos, enfermeras y demás profesionales de atención médica en los hospitales, que pueden tener como consecuencia lesiones

⁵⁶ RUIZ, Wilson. Criterio Jurídico Santiago de Cali V.4 2004 pp.195-216 ISSN1657-3978

en el paciente o incluso su muerte, que además pueden generar futuros problemas de salud, nuevos gastos hospitalarios y trastornos emocionales.⁵⁷

Dentro de los casos más frecuentes y claros ejemplos de la negligencia en desarrollo de procedimientos médicos podemos encontrar lesiones perinatales, es decir prácticas de parto incorrectas que provocan lesiones al recién nacido como el uso inadecuado de fórceps , errores en la medicación, lo cual puede observarse desde dos escenarios, una sobre medicación o una medicación insuficiente, administración del medicamento equivocado o un diagnóstico incorrecto, como el caso en el cual el patólogo indica que se presentan células malignas o cancerígenas que ameritan un tratamiento de quimioterapia cuando en realidad no lo es o cuando una enfermedad no se trata debido a que el médico no reconoció una condición amenazante y finalmente los errores quirúrgicos, que por descuido puede provocar infección o cirugía en el sitio equivocado del cuerpo o en el paciente equivocado.

Por otro lado pueden presentarse situaciones en las cuales a pesar de que el procedimiento medico se ejecuta de la manera correcta, existen procedimientos simultáneos al desarrollo de este, como es el caso de la anestesiología, momento durante el cual se pueden igualmente realizar actuaciones erróneas como rotulación inadecuada de la jeringa, múltiples jeringas en la mesa de trabajo del anesthesiólogo que lo pueden hacer incurrir en elegir la incorrecta, mal manejo de los puntos decimales del medicamento, errores en la preparación de diluciones y en la programación de las bombas de infusión, confusión de jeringas, fallas de comunicación entre quien prepara el medicamento y quien lo aplica, entre otros.⁵⁸

⁵⁷ LEGAL INFORMATION ISTITUTE. Negligencia médica.

https://www.law.cornell.edu/wex/es/negligencia_m%C3%A9dica

⁵⁸ CARRILLO Esper, Raúl. El error en la práctica de la anestesiología. Revista Mexicana de Anestesiología Vol. 34. No. Pags. 103-110. 2 abril-junio 2011. México.

3.2.Impericia

La impericia puede entenderse como su nombre lo señala, en la falta de habilidad, destreza o capacitación en determinada actividad profesional, técnica, arte u oficio, la cual puede tener origen bien en dicha carencia de capacitación o bien por la falta de experiencia. En desarrollo de la actividad de los profesionales de la salud, la impericia hace clara alusión a una falta de pericia del profesional sanitario en su quehacer profesional, es decir, falta de sabiduría en sus acciones, experiencia y habilidad en la ejecución de su profesión, que pueden perjudicar directamente al paciente.⁵⁹

En resumen la impericia aplicada al campo de los servicios de salud, consiste en la falta de conocimiento o capacidad profesional para realizar un acto médico⁶⁰, o como lo hemos expuesto a lo largo de esta investigación, no es otra que la violación a los deberes que le asisten a los profesionales de la salud, referentes a la actualización constante de conocimientos, búsqueda de segundas opiniones y respeto a la experiencia decantada de la vida, deberes que son ratificados a través de la normatividad existente, tanto a nivel interno, como por parte de la comunidad médica internacional.

Un ejemplo claro de impericia será el profesional de la salud que realiza un procedimiento médico quirúrgico para el cual no cuenta con la capacitación especializada requerida, pues cirugías de corazón abierto, que comprometan el sistema neurológico, trasplantes de órganos o miembros, forzosamente deberán ser realizados por un especialista y no simplemente por el medico general, ya que las consecuencias de su actuar podrán derivar en resultados altamente perjudiciales y adversos no solo a los intereses del paciente, sino que afectará su integridad personal o incluso podrá fallecer.

⁵⁹ CASOS REALES DE NEGLIGENCIAS MÉDICAS. Negligencia médica, Imprudencia e Impericia ¿Qué es cada concepto? <http://www.lexeticablog.com/2014/01/negligencias-m%C3%A9dicas-imprudencias-e-impericias.html>

⁶⁰ ARIAS FONSECA, Jaime. Revista Academia & Derecho 5 (8) (173-192) Enero- Junio 2014.

3.3.Responsabilidad Penal de los Profesionales de la Salud y sus excepciones.

Tal como se mencionara anteriormente, en Colombia los profesionales de la salud que ocasionen diferentes tipos de lesiones o incluso el fallecimiento de sus pacientes, con ocasión a su mala praxis, se ven inmersos en conductas típicamente establecidas en nuestro ordenamiento jurídico, las cuales serán atribuibles a título de culpa por su actuar negligente, imprudente o sin la pericia suficiente, salvo los delitos que el legislador ha establecido a título de dolo respecto a este como sujeto activo calificado.

Pero no basta para que se configure una responsabilidad penal en cabeza del profesional de la salud, que exista una lesión al bien jurídico tutelado de la vida o la integridad personal, pues resulta claro que en desarrollo de su actividad médica necesariamente van a existir procedimientos que afecten el cuerpo humano, por ejemplo la incisión que realiza el cirujano al iniciar su procedimiento, las lesiones causadas por agujas de jeringas al extraer fluido sanguíneo o al aplicar medicamentos vía intravenosa o los mareos producidos por la anestesia una vez terminado el procedimiento entre otros.

Sin embargo tal afectación no resulta penalmente relevante, dado que en ocasiones la lesión que produzca el profesional de la medicina o la enfermería en el cuerpo o en la salud del paciente, bien puede enmarcarse dentro de la conducta establecida en la ley penal como delito, no obstante la misma sería totalmente atípica y carecería por completo de antijuridicidad material, ya que no se configuraría una efectiva afectación o amenaza al bien jurídico, siendo intrascendente en el ámbito penal dada su lesividad.

De igual forma resulta pertinente señalar, que los profesionales de la salud atendiendo la naturaleza de su labor, pueden verse inmersos en los denominados delitos omisivos o de comisión por

omisión, toda vez que atendiendo la posición de garante que asumen al desempeñar sus funciones, las mismas deben realizarse de manera precisa y conforme a los protocolos técnicos y científicos existentes sobre la materia, o en su defecto basado en la experiencia decantada de la vida, los cuales de omitir aplicarse conllevarían al incremento en el nivel de riesgo, el cual lógicamente se verá concretado en el resultado.

En síntesis, el profesional de la salud debe responder penalmente por todas aquellas acciones u omisiones que de manera imprudente ocasione en ejercicio de su profesión, las cuales causen lesiones sobre el cuerpo o la integridad de su paciente o incluso su muerte, salvo aquellas establecidas expresamente por el legislador como dolosas y endilgadas de manera particular a este como sujeto calificado, caso en el cual delitos como el aborto y el homicidio por piedad, que consagran al profesional de la salud como sujeto calificado, puedan hacer penalmente responsable a título de dolo, cuando no se den los presupuestos establecidos por la jurisprudencia constitucional.⁶¹

3.4.Eximentes de Responsabilidad Penal del Profesional de la Salud.

3.4.1. Estricto cumplimiento de un deber legal

En el ejercicio de su actividad, los profesionales de la salud están sometidos tanto a las normas de contenido legal, dictadas por el legislador en su ejercicio diario, como por las normas de contenido ontológico, esto es las establecidas por los órganos que regulan el aspecto ético de su actividad.

Así las cosas, entendiendo la ley en un sentido amplio, es claro que el desarrollo de la actividad clínica está sometido tanto a aquellas disposiciones de contenido meramente normativo,

⁶¹ BERNATE OCHOA, Francisco. Revista Nova et Vetera. Universidad del Rosario. Volumen 5 - N° 55. Bogotá. Diciembre 2019

entendiéndose por estas la Ley, las Ordenanzas, Acuerdos municipales entre otros, como en aquellas de contenido ético como pueden ser los estatutos ontológicos o de decoro profesional que regulan su actividad. Bajo ese entendido es claro que dicho sometimiento debe ser cierto, concreto y conforme a tales postulados, toda vez que se entiende ajustada su conducta a derecho, siempre que se respeten los deberes impuestos legalmente.⁶²

Desde esa perspectiva, consecuentemente con lo anterior, es claro que no habrá lugar a responsabilidad penal del profesional de la salud, siempre que en desarrollo de los procedimientos realizados se respeten los deberes que les asisten, tanto consigo mismos en su desempeño profesional, como con sus pacientes, aspectos que configurarían de suyo esta causal como un eximente de responsabilidad.

3.4.2. Cumplimiento de orden legítima de autoridad competente

Esta causal de ausencia de responsabilidad, materializada en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, propende por desvirtuar cualquier iniciativa propia del agente en determinados eventos, cuando este despliega su conducta por la imperiosa necesidad de acatar una orden impartida por alguien que necesariamente se encuentra en una posición jerárquica más alta.

En ese orden de ideas, para que se pueda configurar dicho eximente de responsabilidad penal, es necesario que confluayan algunos requisitos, los cuales han sido especialmente desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia. Así encontramos que el primer aspecto que debe valorarse frente a esta circunstancia que anula la eventual responsabilidad penal del profesional de la salud, es la

⁶² SOLORZANO, Carlos Roberto. Derecho Penal y Responsabilidad Médica en Colombia. Segunda Edición. Ediciones Nueva Jurídica. 2019.

posición subordinada frente a la cual se encuentre quien realiza la conducta, respecto de quien imparte el mandato de realizar dicho acto médico.

Lo anterior toda vez que, si bien los equipos de trabajo conformados por diversos profesionales de la salud actúan como un todo, como una unidad, de manera excepcional pueden presentarse eventos en los cuales se profiera una orden, bien por alguien ajeno al equipo, o por uno de sus miembros que pueda detentar una posición jerárquica más alta, que alguno o varios integrantes de su equipo (ejemplo, médico cirujano respecto de enfermera).

Prosiguiendo con los requisitos necesarios para la configuración de esta causal de eximente de responsabilidad, se encuentra la existencia o materialización de la orden impartida, lo cual no es más que entender el concepto de orden, como aquel mandato que dirige el superior jerárquico a un subordinado, sin que baste con el mero deseo, sino que debe tratarse de una manifestación expresa, inequívoca y terminante de la voluntad del superior, dirigida al inferior para que realice la conducta requerida.⁶³

Por último encontramos que dicha orden debe ser legítima y provenir de autoridad competente, es decir por autoridad que pueda conforme a sus disposiciones legales y constitucionales, emitir dicha orden, para que el inferior teniendo la competencia, además del deber de obedecerla, desplegue su conducta encaminada al único propósito de acatar dicho mandato.

3.4.3. Legítimo ejercicio de un derecho subjetivo.

Tal como se ha abordado por diversos autores, el derecho, es uno solo dividido, una unidad en distintas manifestaciones, por lo que no puede existir oposición entre sus diferentes disposiciones,

⁶³ VELASQUEZ, Fernando. Derecho Penal. Parte General. Cuarta Edición. 2009.

dada su diversidad de especialidades, derivando así entre una guerra de disposiciones normativas, de modo que una prohíbe lo que otra permite.

Aplicado al derecho penal no es posible que en el seno del mismo se presenten contradicciones de esta naturaleza, que un comportamiento pueda ser lícito a la luz de otra rama del derecho e ilícito para el derecho penal, o a la inversa, por lo que, si una norma penal incrimina tal o cual hecho que, entre tanto y en determinados casos, otra norma jurídica, penal o extrapenal, permite o impone, no ha de reconocerse existencia de delito.⁶⁴

Inicialmente tenemos que indicar, que para hablar del ejercicio legítimo de un derecho subjetivo como causal de ausencia de responsabilidad debe partirse de la base de que por un lado no se puede afirmar que un hecho no puede ser permitido y prohibido al mismo tiempo, sí es factible afirmar la existencia de dos o más intereses en conflicto, es decir un enfrentamiento de derechos entre los cuales uno de ellos, el más valioso, debe predominar, la cuestión será entonces de determinar cuál es el que tiene mayor valor.

Sin embargo, la procedencia de esta causal de ausencia de responsabilidad, implica que quien la invoca debe tener la titularidad de determinado derecho, concedido por ley, para que así pueda disponer del mismo, aun con la puesta en marcha de una conducta típica.

Para el caso de los profesionales de la salud, en Colombia existen dos eventos en los cuales se puede ver más fácilmente reflejado este eximente de responsabilidad como lo son la eutanasia y el aborto. Lo anterior dado que, ante la omisión legislativa en cada uno de estos temas, la jurisprudencia constitucional sentó precedentes en los cuales excepcionalmente y previo cumplimiento de unos requisitos, no se configura una responsabilidad penal para el profesional de

⁶⁴ ROMERO Soto, Luis. E. El ejercicio legítimo de un derecho. *Nuevo Foro Penal*, 12(12), 381-395. Recuperado a partir de <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4558>

la salud que realicen procedimientos de aborto o eutanasia (homicidio por piedad), pues dichas conductas se encuentran tipificadas como punibles en nuestra legislación penal.

En lo que refiere a la eutanasia u homicidio por piedad, la misma consiste en acabar con la vida de una persona con el fin de poner fin a intensos sufrimientos provenientes de una enfermedad grave e incurable, motivo por el cual claramente entraran en conflicto el derecho a la vida, con el derecho a la dignidad humana que le asiste al paciente, su deseo de morir dignamente y el derecho al libre desarrollo de la personalidad del paciente⁶⁵. Ante este evento no será generador de responsabilidad penal para el profesional de la salud siempre y cuando se den los siguientes presupuestos; que se cuente con un consentimiento otorgado por el paciente, el cual solo podrá ser dado una vez se cumpla con el deber de informar lo referente a la patología presentada, la gravedad de su enfermedad, de las posibilidades de tratamiento según el avance de la ciencia médica, que se trate obviamente de una enfermedad grave que conducirá a la muerte, que se tenga el animus de poner fin a los intensos sufrimientos que esta produce y que el sujeto activo de la conducta sea un médico.⁶⁶

Por otro lado, encontramos lo referente al aborto, consistente en la interrupción del embarazo por cualquier causa, circunstancia frente a la cual en principio constituye una conducta relevante para el derecho penal, siendo merecedor el que la despliegue de una pena de prisión. Sin embargo, como se indicara en precedencia, el derecho a la vida, entra en conflicto con los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, estrechamente ligados a la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad.

En ese orden fue igualmente la jurisprudencia constitucional la que entró a regular esa carencia de normatividad aplicable a este tipo de conductas complejas que afecten en algunos caso los derechos

⁶⁵ CASTRO, Cuenca Carlos – BALCAZAR, González Andrés – BOHORQUEZ, Laura. Manual de Derecho penal Tomo I. Capítulo Tercero. Delitos contra la vida e integridad personal pags. 158 – 164. Editorial Temis. 2018. Bogotá.

⁶⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 239 de 1997. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

de la mujer y que no pueden ser objeto de una sanción penal, cuando el mismo sea realizado por un profesional de la salud, siempre que se satisfagan como requisitos, que la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer debidamente certificado por un médico, que exista grave malformación del feto que haga inviable su vida o que el embarazo sea resultado de una conducta debidamente denunciada de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentida o incesto.⁶⁷

En conclusión, podemos indicar que siempre que existan conductas que si bien se encuentran tipificadas como delitos en nuestra legislación penal, ostentan una naturaleza subjetiva como derecho de su titular, amparados bajo parámetros de otra jurisdicción, podrá el profesional de la salud llevar a cabo el procedimiento medico pertinente, siempre y cuando respete los requisitos o mandatos propios de esa normatividad, sin que esto implique la declaratoria de su responsabilidad penal.

3.4.4. Estado de necesidad

Hace referencia a aquella situación en la cual se produce un resultado lesivo para un bien jurídico tutelado como consecuencia de esa necesidad de defender un derecho propio o ajeno que justifica el despliegue de esa conducta contraria a lo reglado por el derecho penal. Se concibe desde dos vertientes; el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad excluyente.

➤ Estado de necesidad justificante

El estado de necesidad justificante como causal de ausencia de responsabilidad, abarca los eventos en los cuales el profesional de la salud debe proceder a actuar, aplicando se reitera todos los

⁶⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 355 de 2006 Magistrados Ponentes Jaime Araujo Rentería – Clara Inés Vargas Hernández.

conocimientos y postulados de la *lex artis*, sin que le sea evitable la posterior afectación que causará en la integridad personal de su paciente, la cual conoce con anticipación. Sin embargo, tal eximente solo procederá siempre y cuando exista una imperiosa necesidad de proteger un derecho propio o ajeno, es decir tutelar un interés jurídico del cual es titular la propia persona o un tercero.⁶⁸

Como requisitos esenciales que permiten la concurrencia de esta causal, se encuentra que en esencia radican en la existencia de un peligro, bien sea producido por la naturaleza o por otra persona, el mismo debe ser inminente e inevitable, no debe ser un peligro que el agente tenga la obligación de afrontar, debe existir una proporcionalidad entre dicho peligro y el daño ocasionado con la conducta, dirigido a generar un mal menor al que se hubiese producido sin su intervención, teniendo dicha manifestación de la voluntad inequívocamente dirigida a proteger el bien jurídico.

En resumen, el estado de necesidad debe propender por la protección de un bien jurídico superior que se encuentra inminentemente amenazado, inclusive sin con ello se genera una afectación menor. Un claro ejemplo del estado de necesidad, es cuando personas que por creencias religiosas, no consienten determinados procedimientos médicos, en estos casos el profesional de la salud eventualmente podría verse inmerso en un acto de discriminación, dicha afectación se hace en aras de salvaguardar su integridad personal o incluso su vida.

➤ **Estado de necesidad excluyente**

Se predica excluyente de responsabilidad o inculpable el estado de necesidad, cuando la lesión al bien jurídico tutelado que se evita, es equiparable, similar o igual a la afectación creada por necesidad, es decir no evita un mal mayor al necesario. Es decir, para que se puede excluir la responsabilidad, quien puso en marcha determinada conducta bajo presupuestos de necesidad, debe

⁶⁸ REYES ECHANDIA, Alfonso. Cita de Estado de Necesidad. Editorial Temis. Bogotá 1998.

advertir que el peligro era actual, inminente, no evitable de otro modo y sin tener el deber jurídico de soportar, y siempre que no se haya realizado de forma doloso o culposa. ⁶⁹

En el área de la medicina podemos encontrar ejemplos claros de esta causal de justificación, como el evento en el cual el galeno solo cuenta con una dosis de antídoto para cierta clase de veneno letal de serpiente y llegan dos o mas pacientes que requieren se les suministre dicha medicina, pues su vida estará altamente en riesgo ya que su cuerpo no está en la condición física de esperar la llegada del antídoto o el traslado a otro centro médico. Igualmente se puede ver el caso en el cual la mujer gestante, con un embarazo de alto riesgo, presentando una patología que hace inviable la vida de ella o de su bebé; en este caso el profesional de la salud deberá dado el nivel de urgencia, elegir entre uno de los dos.

Así las cosas el profesional de la salud dadas las circunstancias que rodean cada caso en particular y el contexto en el cual se presenten, no estará llamado a ser objeto de responsabilidad penal, cuando ajustándose a los postulados de la lex artis y su deber objetivo de cuidado, encuentra dos bienes jurídicos tutelados de la misma naturaleza, que se encuentran en riesgo y frente a los cuales debe optar por la protección de uno de ellos, sin que esto implique una negligencia o falta de pericia.

3.4.5. Error de prohibición

El error de prohibición en el ámbito del derecho penal, consiste en la contradicción que existe con el principio general del derecho de que el desconocimiento de la ley no es excusa para su infracción. Esto por cuanto descendiendo al ámbito de lo penal, dicha figura hace referencia a que se pueden conocer los elementos del tipo penal, sin embargo, de lo que no se tiene conocimiento es acerca de

⁶⁹ GOMEZ, Hualca Gabriela. Estado de Necesidad Justificante vs. Estado de Necesidad Disculpante; y, su correcta aplicación en la Legislación Ecuatoriana. Universidad San Francisco de Quito USFQ. 2017. Quito (Ecuador).

si la conducta es ilícita o no, por ende, hay desconocimiento acerca de si lo que se está ejecutando es un delito.⁷⁰

En desarrollo de procedimientos médicos, la teoría del error de prohibición radican en los casos donde en presencia de un consentimiento informado, como regla general establecida por la ley 23 de 1981, la cual exige de tal autorización para intervenir quirúrgicamente a menores de edad, personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, o cuando se observe un riesgo en desarrollo de los mismos, advertirá a su paciente y solicitará igualmente su asentimiento sobre el mismo, del cual podrá prescindir solo de manera excepcional; así pueden de manera errónea los profesionales de la salud incurrir en conductas punibles, con la conciencia de no estar cometiendo nada contrario a la ley, bien porque desconoce la norma que le obliga a solicitar el consentimiento previo omitiendo cumplir con tal deber, o bien excederse en el actuar consentido por el paciente.

3.4.6. Insuperable coacción ajena.

La coacción puede definirse como el empleo de la fuerza física o psíquica, presente o futura ejercida sobre una persona, con el propósito de lograr de ella que realice u omita determinada circunstancia que en condiciones normales no realizaría de manera voluntaria.

No obstante, para que se configure dicha causal de ausencia de responsabilidad, es necesario que exista el constreñimiento, de una persona hacia otra que pretende que el coaccionado realice o no determinada acción. Tal constreñimiento debe estar materializado de forma actual, bien con una agresión causada a través de lesiones en la integridad física, o a través de una coacción psíquica o

⁷⁰ FLOREZ, María Fernanda. Eficacia de la implementación del error de prohibición como eximente de responsabilidad en el delito de acceso carnal abusivo. Universidad Católica de Colombia.

moral que igualmente vulnere su voluntad, la cual debe ser de gran envergadura, a tal punto de volverse irresistible, generando un peligro inminente.⁷¹

No obstante lo anterior, además de la concurrencia de los anteriores requisitos, es indispensable que la coacción ajena pretenda atentar con mayor gravedad y tenga mayor potencialidad de causar un mal, que si cometiera la conducta punible, coacción que solo pueda ser evitada con la comisión del acto contrario a la ley.

Al respecto vale hacer una aclaración frente dos situaciones aparentemente similares, pero que de conformidad con los temas abordados en la presente investigación, permiten diferenciar cuando existe o no responsabilidad penal del profesional de la salud, con ocasión del ejercicio de su labor. En primer lugar ha de señalarse como se vio anteriormente, que la coacción ajena al concurrir todos y cada uno de sus requisitos, desvirtúa por completo la responsabilidad de la conducta, es decir en sede de culpabilidad, por cuanto el elemento volitivo se encuentra altamente doblegado por una fuerza externa.

Por otro lado, en casos dentro de los cuales el elemento volitivo no se afecta y el profesional de la salud con el único propósito de prestar los servicios de salud, incluso si sus pacientes pertenecen a grupos delincuenciales o subversivos al margen de la ley, su conducta será desvirtuada desde el campo de la tipicidad, puesto que su comportamiento en nada contraviene los mandatos de la ética médica, sin que tampoco se enmarque dentro de tipos distintos a los que se puedan causar en ejercicio de su labor, claro si es esta su única participación.⁷²

⁷¹ IBAÑEZ GUZMAN, Augusto. Apuntes Derecho Penal parte general. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Imprenta Nacional. Pag 280. Bogotá 1991.

⁷² BERNATE OCHOA, Francisco. Responsabilidad Penal Médica, imputación objetiva y atención médico-asistencial a personas pertenecientes a grupos armados al margen de la ley. Revista derecho penal n°:32, jul.-sep./2010, págs. 127-153. 2010.

3.4.7. Miedo insuperable

El miedo, entendido este como la emoción violenta que aparece en situaciones de peligro y que se acompaña de reacciones motoras orgánicas importantes, debe expresarse como una reacción ante un peligro o amenaza, ya sea determinados o indeterminados, que puede producir una reacción inmediata, acompañada de manifestaciones fisiológicas como variaciones en el pulso cardiaco, temblores y sudoración.⁷³

Tal miedo para que pueda obrar como causal de ausencia de responsabilidad debe ser de significación suficiente para que la persona no pueda vencerlo, puesto que bastará con la amenaza para influir en su voluntad, conllevando a la comisión de la conducta típica y antijurídica.

3.5. Acciones a propio riesgo o “autopuesta” en peligro en procedimientos médicos.

Las acciones a propio riesgo o autopuestas en peligro, pueden entenderse como aquellos eventos en los cuales la víctima, obrando con plena conciencia se pone en riesgo o permite que otra persona la ponga en tal situación, motivo por el cual debe ser el propio titular del bien jurídico el responsable de las consecuencias de su propia actuación.⁷⁴

Así surge el que ha sido denominado por la doctrina y la jurisprudencia como el principio de autorresponsabilidad, el cual tiene como bases los artículos 1 y 16 superiores, esto por cuanto desde una perspectiva que ampara el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, en el marco de un estado pluralista, únicamente puede ser castigado penalmente quien atente contra el

⁷³ DICCIONARIO MEDICO. Infección. <https://www.diccionariomedico.net> › diccionario-términos

⁷⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Rad: 49680 de 2018.

conglomerado de bienes jurídicos que lo rodean, estándole permitido disponer de los propios, siempre y cuando no afecte o permita inferir responsabilidad en cabeza de otro.

Desde esa óptica conforme los postulados de la teoría de la imputación objetiva, debe observarse si con el actuar del agente se incrementó el riesgo jurídicamente permitido o se creó un riesgo jurídicamente desaprobado y si el mismo se concretó en el resultado de la conducta, sin que baste la mera relación causal. Por ende es preciso verificar si el actuar determinante en la producción del resultado es atribuido al agente que despliega la conducta, o si por el contrario se trata de un riesgo que ha sido creado por el propio titular del bien jurídico afectado.

A manera de ejemplo es preciso traer a colación tal vez el caso más claro de la autopuesta en peligro, en el cual un peatón, en una edad entre los veinte y treinta años, en pleno uso de todas sus capacidades, teniendo un puente peatonal a menos de 30 metros de distancia, decide aventurarse en medio de la autopista, con el fin de lograr cruzar al otro lado de la vía, con la mala fortuna de ser impactado por un automóvil el cual se desplazaba a una velocidad promedio de 80 kilómetros por hora, sufriendo graves lesiones en su cuerpo, dada la imprevisibilidad de su maniobra.

En el anterior escenario se puede observar, que existe una concurrencia de riesgos, dado que la actividad de conducir es una actividad que conlleva un nivel de riesgo implícito, por lo cual debe estar sometida y desarrollada conforme a la ley, los manuales, reglamentos, protocolos etc; igualmente es claro que el comportamiento del peatón resulta altamente imprudente, conforme no solo a las reglas de comportamiento establecidas en las disposiciones que rigen la interacción de las personas y los vehículos, sino también en contra del sentido común, por cuanto en la denominada sociedad del riesgo, debe acatarse todo aquello establecido para la salvaguarda de sus participantes. Por tanto, se puede concluir que en el caso que se trae a modo de ejemplo, el comportamiento del peatón resultaba a todas luces imprevisible para el conductor, quien en virtud

del principio de confianza, tiene el convencimiento de que los demás intervinientes actuaran conforme a las disposiciones establecidas, y no que de manera consciente y voluntaria va a poner en peligro el bien jurídico de su vida o integridad personal.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado los requisitos para que se configure la autopuesta en peligro como excluyente de imputación del tipo penal, como son que la víctima conozca o esté en capacidad de conocer el peligro al que se expone; que la víctima deba ser autorresponsable, con la capacidad para calcular y asumir la dimensión del riesgo, y que el sujeto agente no deba tener una especial situación de protección frente al bien jurídico ni ostentar una posición de garante respecto de la víctima.⁷⁵

Teniendo claro el concepto de acción a propio riesgo y autopuesta en peligro, debemos trasladar tal concepto al escenario de los procedimientos médicos, donde en principio se podría pensar que en virtud de la posición de garantía que ostenta el profesional de la salud, al emprender la realización de una actividad riesgosa estas no tendrían cabida, sin embargo se verá que tal presunción es relativa en algunos casos, tal como se explicará más adelante.

Pero previo a abordar las acciones a propio riesgo en la actividad médica, vale hacer énfasis en un aspecto fundamental en desarrollo de la misma, ya que si nos trasladamos al escenario de una intervención quirúrgica se encuentra que esta se compone de tres etapas, la preoperatoria, intraoperatoria y postoperatoria, las cuales se explican a continuación.

⁷⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Rad 34494 de 2012.

Fase preoperatoria: Consiste en aquel lapso que transcurre desde la decisión de efectuar la intervención quirúrgica al paciente, hasta que es llevado al quirófano. La decisión tomada puede ser planeada o urgente, dependiendo para su desarrollo de la magnitud y premura con que deba realizarse la intervención quirúrgica.⁷⁶

En aquellos eventos en los cuales la intervención quirúrgica es programada con bastante antelación, en vista de que no se advierte que ésta sea de urgencia vital conforme a las condiciones de la patología que presenta, se convierten en aspectos claves de esta fase, la preparación del paciente a través de la práctica de diferentes exámenes previos de rutina (hipertensión, radiografía de tórax, electrocardiograma, hemoglobina, glucosa sanguínea, pruebas de coagulación, función renal y prueba de embarazo entre otros) que tienen como finalidad identificar los factores de riesgo modificables del paciente y optimizar los cuidados durante la intervención.⁷⁷

Una vez observada cualquier circunstancia que permita inferir un nivel de riesgo para el paciente, es deber del profesional de la salud, desestimar la intervención programada, informando tal decisión al paciente y adoptar un procedimiento alternativo, que pueda mitigar o extinguir la patología presentada.

Caso contrario ocurre cuando la intervención quirúrgica debe realizarse de manera urgente, sin planear, con ocasión bien a un accidente, un ataque o una dolencia intensa e imprevisible, y que forzosamente conllevan a que solo puedan ser controladas a través de este procedimiento. En ese caso la fase preoperatoria se hace aún más exigente, puesto que está en juego la vida del paciente,

⁷⁶ MANRIQUE, Diana. Preoperatorio, intraoperatorio y tipos de anestesia.

https://www.academia.edu/24749967/PREOPERATORIO_INTRAOPERATORIO_Y_TIPOS_DE_ANESTESIA

⁷⁷ NAZAR J, Claudio; BASTIDAS E, Javier y LEMA F, Guillermo. EXÁMENES PREOPERATORIOS DE RUTINA EN CIRUGÍA ELECTIVA: ¿CUÁL ES LA EVIDENCIA?. Rev Chil Cir [online]. 2014, vol.66, n.2 [citado 2019-10-09], pag.188-193.

lo que implica un mayor nivel de observancia y acierto en las decisiones que tomen los profesionales de la salud.

No obstante lo anterior, es un deber del paciente o de su acudiente en caso de que este no pueda expresarlo por sí mismo, suministrar al equipo médico tratante de manera oportuna y suficiente la información completa y detallada de antecedentes médicos, síntomas, enfermedades pasadas, medicamentos, y demás información que permita una atención integral.⁷⁸

Fase intraoperatoria: Es el periodo en el cual transcurre el acto quirúrgico, iniciando desde el suministro de la anestesia y culminando con el último punto de sutura.

Surgen como principales deberes de los profesionales de la salud en esta etapa, el adecuado suministro de la dosis de anestesia correcta para el paciente, el control de los signos vitales, la prevención de infecciones, el no olvidar elementos extraños al interior del cuerpo del paciente y la adecuada sutura entre otros.⁷⁹

Esta fase se caracteriza por resaltar en mayor porcentaje la aptitud y capacitación de los profesionales de la salud que intervienen en ella, puesto que es aquí donde se enfrentan a un sin número de circunstancias que ponen a prueba sus conocimientos, aunado además a la experiencia vivida en desarrollo de su profesión, los cuales serán las herramientas principales a la hora de tomar decisiones acertadas durante el procedimiento.

⁷⁸ SECRETARÍA SENADO. Ley 1751 de 2015. Artículo 10 literal h.

⁷⁹ RODRIGUEZ PONCE, Roberto. Pre, trans y posoperatorio. Universidad Autónoma de Guadalajara. <https://es.slideshare.net/elgrupo13/pre-pos-y-trans-operatorio>

Fase postoperatoria: Es el periodo que inicia una vez terminada la intervención quirúrgica, consistente en ejercer por parte de los profesionales de la salud en una manera decreciente, controles y cuidados del paciente, hasta que el mismo pueda ser dado de alta.

Dicha fase conlleva igualmente la recuperación inicial del estrés de la anestesia y la cirugía durante las primeras horas siguientes a la intervención, ya que es este un periodo crítico donde pueden sobrevenir complicaciones, algunas de ellas previsibles. La mayoría de los problemas anestésicos graves suelen suceder en el postoperatorio inmediato, ya que este periodo se considera finalizado cuando el enfermo recupera una conciencia normal y una autonomía completa de sus funciones. Esta recuperación puede ser más o menos rápida de un paciente a otro, dependiendo del tipo de anestesia y de la cirugía a la que haya sido sometido el paciente.⁸⁰

Teniendo claras las etapas de una intervención quirúrgica podemos abordar con mayor claridad las acciones a propio riesgo por parte de pacientes en el desarrollo de algunos procedimientos médicos, que impiden imputarle el resultado lesivo del bien jurídico tutelado de la vida o la integridad personal, al profesional de la salud.

Se pueden considerar como acciones a propio riesgo aquellos eventos en los cuales el paciente, en la etapa preoperatoria conociendo sus antecedentes médicos o su sintomatología, oculta información de gran relevancia para el profesional de la salud, pues con base en esta se adoptan las medidas o tratamientos a seguir, los cuales irán encaminados tanto a atacar la patología sufrida por el paciente, como en ocasiones a prepararlo para un procedimiento más complejo, como lo es la

⁸⁰ PEREA BAENA, María Carmen. Plan de cuidados en el postoperatorio inmediato. Supervisora Recuperación. Hospital Universitario Virgen de la Victoria. España.

intervención quirúrgica, evento en el cual todo ocultamiento de información que no esté dentro del ámbito de protección del galeno, puede ser determinante en la creación o incremento de un riesgo jurídicamente desaprobado, que será concurrente en la producción de un resultado lesivo para el bien jurídico tutelado, el cual no podrá serle imputado jurídicamente, pues el origen de este es una acción a propio riesgo de quien es capaz de auto determinarse.

Igual ocurre en aquellos casos donde los pacientes con ocasión a sus creencias religiosas impiden el libre desempeño, realización e intervención de los profesionales de la salud, pues en ejercicio de la libertad de cultos, tal condición debe ser respetada tanto por el Estado, como por todas las personas que hagan parte del mismo. Sin embargo ante tal suceso, pueden presentarse resultados altamente perjudiciales para el paciente, quien a pesar de expresar su voluntad de no permitir la intervención del médico, no implica que siga el curso normal de su dolencia o enfermedad.

Por esta razón, tal como se viene dilucidando, este resultado no puede ser atribuido penalmente al galeno, ya que si bien se está incrementando un riesgo jurídicamente desaprobado, tal situación no se desprende de su actuar negligente o imprudente, sino que obedecerá a una acción a propio riesgo del paciente.⁸¹

Caso contrario se presenta cuando el profesional de la salud en uso de la objeción de conciencia, entendiéndose por tal la negativa a ejecutar un acto médico o a cooperar directa o indirectamente, o a su realización, por considerarlo a pesar de haber sido aprobado por las normas legales, contrario a la ley moral, a la ética, a los usos deontológicos o las normas religiosas, ocasiona una lesión a la

⁸¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 659 de 2002. M.P Clara Inés Vargas Rodríguez

vida o integridad personal de su paciente por no expresar tal situación en el tiempo y de la manera adecuada.⁸²

Lo anterior toda vez que ante una situación de urgencia del paciente, y en ausencia de otros profesionales que lo puedan asistir, no podría so pretexto de sus discrepancias morales, éticas o religiosas negarse a proporcionar los servicios adecuados para salvar su integridad física o moral, pues desde ese punto de vista incurriría en una negligencia que lo hace acreedor a la imputación típica del resultado lesivo y una eventual responsabilidad penal.

En síntesis, la objeción de conciencia garantiza el derecho a la libertad de conciencia, pero no puede so pretexto de su uso convertirse en una barrera que impida el acceso a los servicios médicos, teniendo en cuenta que también es un derecho que le asiste al paciente, ni muchísimo menos permitir que por tal situación la salud de este sufra consecuencias nefastas.⁸³

Desde esa perspectiva podemos concluir que la impericia y la negligencia son dos conceptos que aunque similares en sus definiciones, son completamente diferentes a la hora de determinar una eventual responsabilidad del profesional de la salud, y que no siempre todo resultado lesivo es ocasionado por alguna de ellas, sino que también puede ser originado por acciones a propio riesgo en cabeza de los pacientes.

Igualmente resulta claro que como se ha abordado ampliamente a lo largo de la presente investigación, existen eximentes de responsabilidad para el profesional de la salud, lo cual aunado

⁸² SILVA, Joaquín. La Objeción de Conciencia en Medicina.

⁸³ SENTIIDO. La objeción de conciencia como barrera para abortar. 2016. <https://sentiido.com/la-objecion-de-conciencia-como-barrera-para-abortar/>

a factores que no permiten la configuración del elemento subjetivo del tipo impide que sea atribuible dicho resultado lesivo al profesional de la salud.

3.6. Atipicidad en los delitos ocasionados por profesionales de la salud.

Aplicada a los profesionales de la salud, podemos entender que la tipicidad es la realización de la norma penal que describe la conducta en forma específica asignándole como consecuencia una pena, o con la concordancia entre la conducta descrita por la norma y la conducta realizada por el médico procesado, cuando se causa un daño en el cuerpo o salud del paciente.⁸⁴

La atipicidad, podemos entenderla como aquel juicio valorativo dentro del cual una conducta no se enmarca dentro de la adecuación típica y formal hecha por el legislador en la norma de conducta, por carecer de alguno de sus elementos ya sean de naturaleza objetiva o subjetiva, es decir es el resultado negativo del juicio de tipicidad.

En cuanto al aspecto objetivo, podemos indicar que, ante la carencia de alguno de los presupuestos de la descripción típica, la conducta no podrá ser imputable en este caso al profesional de la salud; los casos más comunes se presentan cuando el resultado lesivo se produce no como consecuencia del actuar de este, sino que por el contrario al asumir el galeno su atención médica, el paciente ya presentaba la patología que fue determinante en dicha producción del resultado. Un ejemplo claro podría ser cuando el paciente llega gravemente herido luego de un accidente de tránsito y a pesar de que el médico realiza todas las intervenciones pertinentes y necesarias, fallece.

⁸⁴ OSORIO, Arango Mónica. Breve aproximación a algunos aspectos de la responsabilidad penal médica pag. 60. Pontificia Universidad Javeriana. 2002. Bogotá.

De igual forma pueden considerarse como atípicos los eventos en los cuales se produce una lesión en la vida o integridad del paciente tras una intervención del profesional de la salud, pero que se presenta como consecuencia de un accidente o de un fenómeno de iatrogenia. En lo que respecta a los accidentes, se puede afirmar que hace referencia a algo que sucede o surge de manera inesperada, ya que no forma parte de lo natural o lo esencial de la acción que se está ejecutando, motivo por el cual circunstancias de orden ambiental o locativo pueden aparecer al estarse desarrollando el procedimiento médico quirúrgico ocasionando resultados perjudiciales en la salud o la integridad del paciente, sin que puedan ser previstas o en algunos casos evitadas por el profesional de la salud, situación que de igual forma impide que se atribuya algún tipo de responsabilidad penal.⁸⁵ Como accidentes podemos traer a colación el caso del cilindro de oxígeno presente en el quirófano que se encuentra en mal estado y hace que su registro (llave) salga disparada afectando la integridad del paciente o el evento frente al cual como consecuencia de una sobrecarga de energía explota una de las bombillas de la incubadora que causa lesiones al recién nacido que se encuentra en ella.

En los mismos términos serán atípicos los eventos derivados del fenómeno de la iatrogenia consistente en aquellos efectos nocivos que pueden derivarse de la gestión o tratamiento médico, e incidir sobre los pacientes y sus familiares. Sin embargo, a diferencia de un acto concurrente con negligencia o impericia del galeno, la iatrogenia surge como consecuencia o efecto negativo de una acción correcta, adecuada, incluso, la indicada.⁸⁶

Los casos más comunes de iatrogenia son entre otros por ejemplo la afectación del oído interno como consecuencia del suministro de determinados antibióticos en aras de controlar la tuberculosis, o la alopecia causada como efecto del tratamiento de quimioterapia en pacientes con cáncer. En estos eventos, si bien existe una afectación en la salud y en la integridad del paciente, los mismos

⁸⁵ OSES, María. Riesgos derivados del trabajo en quirófano. Universidad Pública de Navarra. 2012. Pamplona (España)

⁸⁶ GARCIA, FM. Iatrogenia y dyspraxis médica. Un enfoque bioético. RFM v.28 n.1 2005 Caracas

se consideran totalmente atípicos y exime de cualquier tipo de responsabilidad al profesional de la salud que los realiza, esto ya que los mismos se presentan como un efecto secundario necesario del tratamiento que se está realizando conforme a los postulados de la *lex artis*.

Por otro lado, el aspecto subjetivo implica precisamente ese desconocimiento del deber objetivo de cuidado conforme a las reglas de la *lex artis*, esto en razón a que era previsible el resultado y el agente debió haberlo previsto, o habiéndolo previsto confió en poder evitarlo, siendo fundamental el elemento de la previsibilidad, toda vez que de esto dependerá que se pueda encuadrar la afectación en el bien jurídico tutelado como atribuible al profesional de la salud, de lo contrario se configurará un error de tipo invencible, que excluirá cualquier tipo de responsabilidad penal por atipicidad. El ejemplo más claro de esto es el caso de la Clínica Palermo de Bogotá, institución en la cual un ciudadano fue trasladado de urgencia por sufrir un accidente de tránsito; una vez allí y dada la afectación de su salud requirió de una transfusión de sangre, la cual le fue suministrada por los profesionales de la salud que lo atendían. No obstante, un par de años más tarde, luego de que acudiera otro paciente a quien también se le había hecho una transfusión del mismo lote de sangre, se observó que el mismo era portador de VIH.

Al realizarse el examen de VIH al ciudadano en cuestión, efectivamente la prueba concluyó que era portador del virus. Sin embargo luego de investigaciones, se pudo establecer que en efecto el lote de sangre suministrado a estos pacientes estaba contaminado con el virus, situación que era desconocida para la Clínica y aun más para los médicos, quienes no podían prever que la sangre proveniente de un banco debidamente autorizado, se encontrara en tal situación.⁸⁷

⁸⁷ REVISTA SEMANA. Corte ordena indemnizar a familia de paciente contagiado de VIH en clínica. 14 de julio de 2016. <https://www.semana.com/nacion/articulo/clinica-palermo-indemizara-a-familia-de-paciente-que-desarrolla-sida/481838>

Igualmente será atípica las conductas típicas desplegadas por los profesionales de la salud mediando el consentimiento informado del paciente que solicita al galeno abstenerse de intervenirlos por razones de creencias religiosas o pacientes terminales.

3.7. Ejemplos de casos de responsabilidad penal medica al tenor de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

➤ Condenas

Caso 1: El 22 de julio de 2003, en la Clínica Santillana de Cali, D.M.B.L se sometió a una intervención quirúrgica de implantación mamaria, inyección glútea y lipoescultura, la que practicó el cirujano estético M.C; como quiera que para el tercer día del postoperatorio D.M.B.L. exhibía extensas zonas de enrojecimiento y úlceras de la piel del abdomen (eritema y epidermólisis), a las que sumó un intenso dolor, fiebre, vómito y malestar general, su hermana y una amiga llamaron telefónicamente al cirujano, quien después de varias horas acudió al domicilio de la paciente y tras auscultarla le informó que se trataba de un proceso normal de recuperación, sin ninguna otra especificación que limitarse a ordenar diez (10) sesiones de cámara hiperbárica.

El proceso de sufrimiento de la piel que inició probablemente con el trauma causado por la liposucción superficial que habría ocasionado la ruptura de los vasos sanguíneos de los planos superiores del abdomen, se agudizó durante la fase postoperatoria y avanzó hacia una necrosis tisular de gran tamaño y a una infección grave producida por staphylococcus aerus y pseudomonas aeruginosa, patologías que no recibieron tratamiento distinto por dicho galeno, a la orden de otras diez (10) sesiones de terapia hiperbárica, la receta de un medicamento que no comportó cubrimiento antibiótico adecuado en tanto no se dispuso el cultivo pertinente para identificar el germen infeccioso y el desbridamiento de la piel ampliamente necrosada, tardío y no controlado mediante hospitalización.

La falta de atención completa y oportuna de tales padecimientos por parte del médico, obligaron a D.M.B.L. a consultar a otros profesionales de la salud, especializados en las áreas de dermatología e infectología y a acudir al servicio de urgencias, siendo tratada hasta obtener completa cicatrización de sus heridas. Como consecuencia de las lesiones causadas, se dictaminó una incapacidad médico legal definitiva de 45 días y secuelas consistentes en deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente.⁸⁸

Por los anteriores hechos la Fiscalía General de la Nación profirió resolución de acusación en contra del profesional de la salud, endilgándole cargos como autor del delito de lesiones personales culposas, por los que fuera condenado en primera instancia. Sin embargo, tal decisión fue revocada, absolviéndose a M.C. al resolverse el recurso de apelación.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia recalcó para resolver que en este caso, se observaba una transgresión a los postulados de la *lex artis* por parte del profesional de la salud acusado, esto por cuanto desconoció los protocolos que debía seguir en todas las etapas del procedimiento quirúrgico, haciendo énfasis en esta situación por cuanto contrario a lo debatido en el proceso la atención y tratamiento deben estar garantizadas tanto en la fase preoperatoria, intraoperatorio y postoperatoria. En ese sentir analizadas todas las pruebas allegadas y debatidas en la actuación, no se encontró ningún comportamiento atribuible a la víctima, del cual se pudiese arribar a que se trató de una acción a propio riesgo o autopuesta en peligro que hubiese podido generar el resultado lesivo, para finalmente concluir que el actuar del galeno fue negligente al no realizar los procedimientos necesarios o suministrar los medicamentos idóneos para controlar la patología de infección que ocasionó las lesiones en la integridad de la víctima, por lo que fue el incremento de dicho riesgo el que se concretó en el resultado.

⁸⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Rad 33920 de 2012.

Por lo anterior la corte casa la sentencia y confirma la proferida en primera instancia, condenando al profesional de la salud por el delito de lesiones personales culposas.

Caso 2: El 8 de marzo de 1998, en Villavicencio (Meta), a eso de las 3:15 p.m., fue atendida por el servicio de urgencias de la Clínica Carlos Hugo Estrada Castro del Instituto del Seguro Social, la señora L.D.F., quien presentaba dolor abdominal desde hacía doce horas y sangrado vaginal escaso. El médico que la examinó, R.G.E., diagnosticó un probable embarazo de siete semanas de evolución, según la fecha que indicó la paciente de su último período menstrual, con amenaza de aborto, infección urinaria y enfermedad pélvica inflamatoria, por lo cual dispuso su hospitalización, sujeta a dieta líquida y líquidos endovenosos, realizar hemograma, uroanálisis, gravindex y ecografía obstétrica, así como aplicarle un gramo de ampicilina cada seis horas, medicamento que estimó apropiado ya que en la entrevista ella no refirió antecedentes alérgicos a droga alguna.

Sin embargo, el galeno no informó a la paciente acerca del tratamiento dispuesto, ni ordenó practicar la prueba de sensibilidad al antibiótico, y según las anotaciones de enfermería consignadas en la historia clínica, a las 11:30 p.m., de esa fecha, cuando fue suministrada la primera dosis del medicamento ordenado por el médico, aquella le preguntó a la enfermera qué droga le estaban aplicando y al saber que era ampicilina manifestó ser alérgica entrando enseguida en shock anafiláctico, el cual, luego de varias horas de procedimientos para estabilizarla, le ocasionó un colapso cardiovascular determinante de su fallecimiento el 9 de marzo de 1998, a las 9:55 a.m.⁸⁹

Por los anteriores hechos la Fiscalía a través de su delegado profirió resolución de acusación en contra del profesional de la salud, atribuyéndole el cargo de autor del delito de homicidio culposo, por el cual fuese condenado tanto en primera, como en segunda instancia. En sede de casación señaló la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que en efecto existió una infracción al deber objetivo de cuidado por parte del galeno, esto dado que independientemente de que existiese una

⁸⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Rad. 27357 de 2008

atención plural de profesionales (médicos, enfermeras etc), fue él quien asumió respecto de ella una relación indivisible que, dentro de la órbita del deber de garante, lo obligaba a realizar todo lo necesario, conforme los protocolos que gobiernan la *lex artis*, para obtener ese mejor resultado; sin embargo, con su comportamiento, desplegó una actividad riesgosa que fue más allá del riesgo jurídicamente permitido o aprobado, entrando así en el terreno de lo jurídicamente desaprobado, y produjo un resultado lesivo, factores que se hallan indisolublemente ligados por un vínculo causal determinante.

Lo anterior sin que conforme a la teoría de la imputación objetiva pudiese deprecar en su favor el principio de confianza, trasladando la carga de realizar un examen previo para descartar una reacción alérgica de la paciente, a la enfermera encargada de suministrar el medicamento, pues aun cuando ello probablemente fuera así dentro de una distribución funcional de labores en la actividad médica, no puede alegarse a favor del acusado el llamado principio de confianza en el ejercicio de su profesión, porque él no se ajustó, en la actividad que era de su resorte, a la cabal observancia de su deber objetivo de cuidado, por el contrario, lo incumplió, en los términos ya precisados, razón por la cual no casa la sentencia y confirma las sentencias condenatorias proferidas en contra del acusado.

➤ **Absolución**

Caso 1: Los hechos del proceso penal se relacionan con la afectación en la salud del menor DSMR, de 3 años, derivada de trauma en la región genital, tratada en estricto orden por los médicos JPVB, JGFL y HRM. Luego de diferentes diagnósticos, emitidos por los mencionados profesionales, la afección que aquejaba al menor devino en otra condición médica que finalmente condujo a la pérdida de uno sus testículos. La actuación de los profesionales de la salud fue cuestionada debido

a que presuntamente no habían tomado las medidas necesarias para tratar la sintomatología que presentaba el paciente.⁹⁰

Por los anteriores hechos los profesionales de la salud fueron vinculados a un proceso penal por el delito de lesiones personales culposas, siendo condenados en primera y segunda instancia. En sede de casación la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia reiteró que en los delitos imprudentes se sancionan los comportamientos objetivamente peligrosos realizados más allá del riesgo permitido, que en la práctica médica lo determinan las reglas técnicas o profesionales que conforman la *lex artis*, las cuales, entonces, deben examinarse para establecer si el galeno respetó o no los protocolos establecidos en la diagnosis y tratamiento de una determinada enfermedad, o si su actividad, en cualquier caso, corresponde con la que ejercería un médico diligente. De esta manera, es necesario determinar la conducta a través de la cual creó o incrementó un riesgo superior al inherente a la ciencia médica, que condujo al resultado ilícito que se le atribuye.

Finalmente concluyó la Corte que teniendo en cuenta la patología presentada por la víctima y la evolución de la misma, era imposible al momento de la atención suministrada por los galenos acusados establecer la evolución y secuelas de la misma, máxime cuando no existe en el país un protocolo para seguir en este tipo de traumas presentados en niños y adolescentes, razón por la cual no se logró establecer con certeza la violación al deber objetivo de cuidado por infringir la *lex artis*, aunado a la falta de documentación con que contaban y la escasa información suministrada por la progenitora del menor. Por lo anterior la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia casa la sentencia y absuelve a los profesionales de la salud.

⁹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Rad 46.766 de 2019.

CONCLUSIONES

Una vez desarrollada la investigación podemos arribar a las siguientes conclusiones:

En primer lugar, debe recalcarse que en efecto la medicina es una actividad riesgosa, motivo por el que la misma implícitamente conlleva un nivel de riesgo, el cual está debidamente reglamentado en los diferentes manuales, protocolos etc, y será todo aquello que traspase los límites establecidos allí, lo que será objeto de reproche y susceptible incluso de sanción. Este conjunto de codificaciones, aunado a la experiencia adquirida a lo largo del ejercicio profesional, es lo que se denomina como las reglas de la *lex artis* y por tanto los profesionales de la salud deben sujetarse a ellas, como a aquel conocimiento adquirido de juicios comparativos y la experiencia decantada de la vida, toda vez que son estos elementos los que van a establecer con exactitud cuál es su deber objetivo de cuidado ya sea interno o externo, general o específico, el cual debe acatar y seguir al emprender la realización de determinado procedimiento, es decir la forma correcta en que debe ejercer y poner en práctica los conocimientos adquiridos en la academia, so pena de atentar incluso contra el juramento hipocrático que realizan al egresar de sus claustros académicos.⁹¹

Igualmente se puede concluir que conforme el desarrollo jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en Colombia los delitos ocasionados en desarrollo de la actividad medica deben analizarse conforme a la teoría de la imputación objetiva, observando en cada caso el comportamiento del sujeto activo de la conducta y si en efecto el mismo se ve reflejado en el resultado lesivo. Conforme con lo anterior debe indicarse que el deber objetivo de cuidado es un factor determinante a la hora de establecer una posible responsabilidad penal del profesional de la salud, pues a las luces de los postulados de la teoría de la imputación objetiva se determinará si en efecto se incrementó un riesgo jurídicamente permitido o se creó un riesgo jurídicamente desaprobado y si tal situación fue determinante en la producción del resultado lesivo del bien jurídico tutelado, dada la posición de garante y el principio de confianza que guían su actuar.

⁹¹ CORDOBA PALACIO, Ramón. El juramento hipocrático: Una Ética para hoy. Revista Persona y Bioética. Mayo a Agosto de 2003. Año 7. N° 19

Por otro lado se pudo evidenciar que la transgresión a los postulados que debe seguir el profesional de la salud, en algunos casos desemboca en la lesión del bien jurídico de la vida o de la integridad personal, tanto por acción, como por omisión y al ser la medicina una actividad riesgosa, quienes la desempeñan solo estarán llamados a responder penalmente a título de culpa desde las dos corrientes del funcionalismo que confluyen para determinar su configuración (a excepción de aquellas conductas punibles que establecen al profesional de la salud como sujeto activo calificado), cuando omitan el deber objetivo de cuidado, bien porque siendo previsible un resultado lesivo no se previó, o habiéndose previsto se confió en poder evitarlo; o por el incremento del riesgo jurídicamente permitido o porque se crea un riesgo jurídicamente desaprobado.⁹²

Bajo esa misma posición debe advertirse que no todo resultado lesivo ocasionado en un procedimiento médico es atribuible al profesional de la salud, pues pueden concurrir eximentes de responsabilidad en desarrollo del mismo, o de otro lado pueden presentarse situaciones generadas por acciones a propio riesgo de los pacientes o las denominadas autopuestas en peligro, eventos en los cuales tal situación desborda el ámbito de protección que tiene el médico respecto del bien jurídico de su paciente, e impide que se configuren los conceptos de impericia o negligencia.

Por lo anterior se ha arribado al postulado de que si bien los conceptos de impericia o negligencia son completamente distintos, están estrechamente relacionados, pues en ocasiones pueden presentarse de manera simultánea, o cada uno por separado. Ante esta situación tal como se expusiera, debe entrarse a determinar si en efecto el resultado lesivo, se presenta como consecuencia de una falta de capacitación, pericia y/o formación del profesional de la salud, o si por el contrario dicho resultado se hubiese presentado incluso si estuviese bajo la dirección de otro profesional con mayor formación académica y experiencia.

⁹² BECHARA LLANOS, Abraham. La imputación objetiva en los delitos imprudentes con ocasión al estado de embriaguez del autor. Justicia Juris, ISSN 1692-8571, Vol. 11. N° 2 Julio– Diciembre de 2015 Págs. 11-18.

En términos similares se puede afirmar, que no toda afectación de la vida o integridad personal de los pacientes acaece como consecuencia de un actuar negligente del profesional de la salud, pues como se puso de presente, todo procedimiento medico conlleva diferentes etapas, motivo por el que los deberes de este van precluyendo a medida que se va avanzando en dichas etapas de la intervención y generando a su vez deberes también a cargo del paciente, los cuales de incumplirse y presentarse el resultado dañino, no constituirán por si solos un actuar negligente del profesional a cargo, pues escapan de su ámbito de dominio exceptuando así su responsabilidad penal.⁹³

Finalmente y en términos generales se puede afirmar, que en efecto tanto la impericia, como la negligencia en desarrollo de procedimientos médicos en Colombia, acarrear responsabilidad penal para el profesional de la salud; sin embargo tales criterios no pueden ser establecidos a la ligera, sino que por el contrario es perentorio en este caso para el ente acusador entrar a demostrar con exactitud la concurrencia de ellos como consecuencia de una transgresión al deber objetivo de cuidado, pues como se vio a lo largo de la investigación existen muchos eventos en que a pesar de existir una afectación en la vida o integridad personal de los pacientes, estos se presentan por circunstancias ajenas al querer del profesional de la salud, situación que configura una excepción a la posibilidad de que se les impide que se les endilgue una responsabilidad penal, por cuanto se configuran eximentes o situaciones que rompen dicho nexo de causalidad o mayor aun tornan totalmente atípica la conducta.

Siempre que nos sometamos a un procedimiento médico debemos hacernos la reflexión, de que se trata de una contraprestación en la cual existen tanto derechos, como deberes para médico y paciente, los cuales deben cumplirse y garantizarse para que sea exitoso y así evitar una complicación mayor a la que nos hizo acudir a sus servicios.

⁹³ GOSCILO, Antonieta. Los Bienes Jurídicos Penalmente Protegidos. www.derecho.uba.ar › lye › revistas › 07-ensayo-kierszenbaum

4. BIBLIOGRAFÍA

- ARBELAEZ RODRIGUEZ, Daniel. La cirugía plástica en Colombia: ¿una obligación de medios o de Resultado?. Universidad CES facultad de derecho.
- ARIAS FONSECA, Jaime. Revista Academia & Derecho 5 (8) (173-192) Enero- Junio 2014.
- ARIZA FORTICH, Alma, La responsabilidad médica como actividad peligrosa: análisis de caso en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 126 Vniversitas, 15-37 (2013)
- ASOCIACION MEDICA MUNIDAL. Código Internacional de Ética Médica.
- BARREIRO, Héctor- BARREIRO, Adriana- QUESADA, Zulema – FERNANDEZ, Eugenio – MARRERO, Martin. La responsabilidad profesional del médico. Rev Cubana Med Gen Integr v.21 n.1-2 Ciudad de La Habana ene.-abr. 2005
- BECHARA, Llanos Abraham. La imputación objetiva en los delitos imprudentes con ocasión al estado de embriaguez del autor. Justicia Juris, ISSN 1692-8571, Vol. 11. N° 2 Julio – diciembre de 2015 Págs. 11-18
- BERNATE, Ochoa Francisco. Responsabilidad Penal Médica, imputación objetiva y atención médico-asistencial a personas pertenecientes a grupos armados al margen de la ley. Revista derecho penal n°:32, jul.-sep./2010, págs. 127-153. 2010.
- BERNATE, Ochoa Francisco. Revista Nova et Vetera. Universidad del Rosario. Volumen 5 - N° 55. Bogotá. Diciembre 2019

- CARRILLO Esper, Raúl. El error en la práctica de la anestesiología. Revista Mexicana de Anestesiología Vol. 34. No. Pags. 103-110. 2 abril-junio 2011. México.
- CARRILLO, Luz María Reina. La responsabilidad profesional del médico en Mexico. Editorial Porrúa. 2005.
- CASOS REALES DE NEGLIGENCIAS MÉDICAS. Negligencia médica, Imprudencia e Impericia ¿Qué es cada concepto? <http://www.lexeticablog.com/2014/01/negligencias-m%C3%A9dicas-imprudencias-e-impericias.html>.
- CASTRO, Juan José. La Imputación objetiva.
- CASTRO, Cuenca Carlos – BALCAZAR, González Andrés – BOHORQUEZ, Laura. Manual de Derecho penal Tomo I. Capítulo Tercero. Delitos contra la vida e integridad personal pags. 158 – 164. Editorial Temis. 2018. Bogotá.
- CESANO, José. Tratado de Responsabilidad Medica. Editorial Legis. 2007.
- CITA DE REYES Echandía, Alfonso. Estado de Necesidad. Editorial Temis. Bogotá 1998.
- CLASIFICACION DE HOSPITALES. <https://www.clasificacionde.org/hospitales/>
- CORDOBA Palacio, Ramón. El juramento hipocrático: Una Ética para hoy. Revista Persona y Bioética. Mayo a Agosto de 2003. Año 7. N° 19
- DERECHO VENEZOLANO. Teoría de la equivalencia de condiciones o de la “conditio sine qua non” <https://derechovenezolano.wordpress.com/2016/03/28/teoria-de-la-equivalencia-de-condiciones-o-de-la-conditio-sine-qua-non/>

- DÍAZ-NARVÁEZ VP, Calzadilla-Núñez A. Artículos científicos, tipos de investigación y productividad científica en las ciencias de la salud. Rev Cienc Salud. 2016;14(1): 115-121. doi: dx.doi.org/10.12804/revsalud14.01.2016.10
- Diccionario de Cáncer. Prueba Diagnóstica.
<https://www.cancer.gov/espanol/publicaciones/diccionario/def/prueba-diagnostica>
- DICCIONARIO MEDICO. Infección. <https://www.diccionariomedico.net> › diccionario-
términos
- ENCICLOPEDIA SALUD. Tratamiento.
<https://www.encyclopediasalud.com/definiciones/tratamiento>
- FLOREZ, María Fernanda. Eficacia de la implementación del error de prohibición como eximente de responsabilidad en el delito de acceso carnal abusivo. Universidad Católica de Colombia.
- FOSSI, Josué. El dolo eventual. Ensayo sobre un modelo límite de imputación subjetiva. 2015. Venezuela: Editorial Livrosca. pp. 88 y ss
- GARAY, Oscar Ernesto (2008). *Derechos de los pacientes*. En TEALDI, Juan Carlos (Director). *Diccionario latinoamericano de Bioética*, pp. 249-253. Unesco – Universidad Nacional de Colombia
- GARCIA, Blázquez. La responsabilidad penal médica.
- GOMEZ, M. El triaje: herramienta fundamental en urgencias y emergencias. Anales Sis San Navarra vol.33 supl.1 Pamplona 2010.

- GOMEZ, Hualca Gabriela. Estado de Necesidad Justificante vs. Estado de Necesidad Disculpante; y, su correcta aplicación en la Legislación Ecuatoriana. Universidad San Francisco de Quito USFQ. 2017. Quito (Ecuador).
- GOSCILO, Antonieta. Los Bienes Jurídicos Penalmente Protegidos. www.derecho.uba.ar
› lye › revistas › 07-ensayo-kierszenbaum
- GUZMAN, Fernando – ARIAS, Carlos. Deber general de cuidado. Rev Colomb Cir. 2012; pag. 27:264-69.
- IBAÑEZ Guzmán, Augusto. Apuntes Derecho Penal parte general. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Imprenta Nacional. Pag 280. Bogotá 1991.
- IBAÑEZ, Augusto. Causalidad e imputación objetiva, en Imputación objetiva y antijuridicidad, Estudios de Derecho Penal, Editorial Jurídica Bolivariana, 2002, Pág. 275.
- JAKOBS, Gunter, Acción y omisión en el derecho penal, (trad. Luis Carlos Rey y Javier Sánchez Vera), Bogotá Universidad Externado de Colombia, 2000.
- JAKOBS, Gunter. Los pormenores del tipo objetivo mediante la acción, en Imputación objetiva y antijuridicidad, Estudios de Derecho Penal, Primera edición, Editorial Jurídica Bolivariana, 2002, Pág. 107
- JARAMILLO, Juan. Evolución de la medicina: pasado, presente y futuro. Acta méd. costarric vol.43 n.3 San José Jul. 2001
- JESCHECK, Hans, Tratado de derecho penal, parte general, cuarta edición, editorial Comares, 1993, p 524.

- LA CAUSALIDAD EN DERECHO PENAL. Publicado en la Revista Jurídica Digital Enfoque Jurídico el 10 de noviembre del año 2015.
<http://www.enfoquejuridico.info/wp/archivos/4185>
- LARRAURI, Pijoan Elena. Introducción a la imputación objetiva, en Imputación objetiva y antijuridicidad, Estudios de Derecho Penal, Editorial Jurídica Bolivariana, 2002, Pág. 83.
- LEGAL INFORMATION ISTITUTE. Negligencia médica.
https://www.law.cornell.edu/wex/es/negligencia_m%C3%A9dica
- Ley 6 de 1991. Artículo 1: La anestesiología es una especialidad de la medicina fundamentada en las ciencias biológicas, sociales y humanísticas. Es una especialidad que estudia los principios, procedimientos, aparatos y materiales necesarios para practicar una adecuada anestesia. Además se integra en una forma multidisciplinaria con las otras especialidades médicas en el manejo integral de la salud. El médico especializado en anestesiología y reanimación es el autorizado para el manejo y práctica de esta especialidad.
- LOOR, Eduardo Franco. Estudio de la teoría de la imputación objetiva en Derecho Penal. Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva. Ítalo Reyes Romero.
- LOPERA, Isabel – PEREZ PATIÑO, Juan. Gestión humana de orientación analítica: Un camino para la responsabilización. Revista de Administração de Empresas. Sao Paulo (Brasil). 2014.
- LÓPEZ, Claudia, Acciones a propio riesgo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- MANRIQUE, Diana. Preoperatorio, intraoperatorio y tipos de anestesia.
https://www.academia.edu/24749967/PREOPERATORIO_INTRAOPERATORIO_Y_TIPOS_DE_ANESTESIA

- MONTEALEGRE, Eduardo. La culpa en la actividad medica: imputación objetiva y deber de cuidado. Universidad Externado de Colombia. 1987. Bogotá.
- NAZAR J, Claudio; BASTIDAS E, Javier y LEMA F, Guillermo. exámenes preoperatorios de rutina en cirugía electiva: ¿cuál es la evidencia?. Rev Chil Cir [online]. 2014, vol.66, n.2 [citado 2019-10-09], pag.188-193.
- ORDÓÑEZ VASCO, Paula, Responsabilidad civil por actividades peligrosas, Bogotá 2010.
- OSES, María. Riesgos derivados del trabajo en quirófano. Universidad Pública de Navarra. 2012. Pamplona (España)
- OSORIO, Arango Mónica. Breve aproximación a algunos aspectos de la responsabilidad penal médica pag. 60. Pontifica Universidad Javeriana. 2002. Bogotá.
- Para que exista responsabilidad penal no basta con constatar que se ha realizado un hecho desde una perspectiva objetiva, sino que es preciso que concurra dolo (intención) o culpa (falta de cuidado), si no hay dolo o culpa no habrá responsabilidad penal. <https://prezi.com/amrjcsb06f93/derecho-penal-imputacion-subjetiva/>
- PELÁEZ, J. M. (2016). Configuración del “principio de confianza” como criterio negativo de tipicidad objetiva. Revista Prolegómenos Derechos y Valores, 19, 37, 15-35. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.1677>
- PEREA Baena, María Carmen. Plan de cuidados en el postoperatorio inmediato. Supervisora Recuperación. Hospital Universitario Virgen de la Victoria. España.
- PORTERO, Guillermo. Responsabilidad penal culposa del médico. Fundamentos para el establecimiento de la negligencia o impericia.

- PORTILLA, Guillermo. La participación omisiva en delitos de resultado y simple actividad.1999.
- POVEDA, Nilson. Imputación Objetiva, acciones a propio riesgo y Responsabilidad Medica en Colombia.
- POVEDA, Nilson. Imputación Objetiva, acciones a propio riesgo y Responsabilidad Medica en Colombia. Los juicios comparativos surgen en marco del vacío existente entre la regulación legal y la ausencia de experiencias marcadas por la lex artis y consiste en la comparación entre casos marcados por lo que un hombre diligente (medico) hubiera realizado en un caso concreto, por lo que será este juicio de comparación el que permita determinar si un médico violó o no el deber objetivo de cuidado.
- PRIETO CASTELLANOS, B. J. (2017). El uso de los métodos deductivo e inductivo para aumentar la eficiencia del procesamiento de adquisición de evidencias digitales. Cuadernos de Contabilidad, 18(46). 1-27. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.cc18-46.umdi>
- Real Academia de la Lengua Española <http://lema.rae.es/dpd/srv/search?key=arte>
- Real Academia de la Lengua Española. <https://dle.rae.es/?id=Sc2spqb>
- REVISTA SEMANA. Corte ordena indemnizar a familia de paciente contagiado de VIH en clínica. 14 de julio de 2016. <https://www.semana.com/nacion/articulo/clinica-palermo-indemizar-a-familia-de-paciente-que-desarrollo-sida/481838>
- REYES Alvarado, Yesid. Sobre el principio de confianza, cfr. Imputación objetiva. Ed. Temis, Segunda edición, Bogotá, DC. 1996. p. p. 141 y s. s.

- REYES, Italo. Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva. Revista Ius et praxis N° 1, 2015. Universidad de Talca, pag. 137 – 170.
- RODRIGUEZ PONCE, Roberto. Pre, trans y posoperatorio. Universidad Autónoma de Guadalajara. <https://es.slideshare.net/elgrupo13/pre-pos-y-trans-operatorio>
- ROJAS, Sergio - MOJICA, Juan Diego, De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana, 129 Universitas, 187-235 (2014). <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129>. Caio.
- ROMERO, Beatriz. Del delito imprudente al delito doloso en la responsabilidad penal médica. Universidad Francisco Gavidia.2004.
- ROMERO Soto, Luis. E. El ejercicio legítimo de un derecho. Nuevo Foro Penal, 12(12), 381-395. Recuperado a partir de <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4558>
- ROSERO CASTILLO, Álvaro. La posición de garante del médico en el servicio público de urgencias. Popayán, 9 de mayo de 2014.
- RUIZ, Guillermo. Responsabilidad Penal del Médico. 2003. Revista Derecho N° 8.
- RUIZ, Wilson. Criterio Jurídico Santiago de Cali V.4 2004 pp.195-216 ISSN1657-3978
- SANCINETTI, Marcelo. ¿Incidencia de los cursos causales hipotéticos en el Derecho penal?
- SENTIIDO. La objeción de conciencia como barrera para abortar. 2016. <https://sentiido.com/la-objecion-de-conciencia-como-barrera-para-abortar/>

- SILVA, Joaquín. La Objeción de Conciencia en Medicina.
- SOLORZANO, Carlos Roberto. Derecho Penal y Responsabilidad Médica en Colombia. Segunda Edición. Ediciones Nueva Jurídica. 2019.
- SOLORZANO, Roberto. Del delito imprudente al delito doloso en la responsabilidad penal médica.
- SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Ley 23 de 1981
https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/Leyes/L0023_81.pdf
- TERRAGNI, Marco Antonio. El delito culposo en la actividad médica. Ed. Rubinzal - Culzoni. Buenos Aires, 2003. P. 202.
- TORIO LOPEZ, Ángel. El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos.
- VARGAS, J. Cárdenas, M & Dussan, H. (2010). Delitos de omisión impropia. Bogotá: Ibáñez.
- VELASQUEZ, Fernando. Derecho Penal. Parte General. Cuarta Edición. 2009.
- VELEZ, Giovanna La imputación objetiva: fundamento y consecuencias dogmáticas a partir de las concepciones funcionalistas de roxin y jakobs.
- VERA, Oscar. Aspectos éticos y legales en el acto médico. Rev. Méd. La Paz v.19 n.2. 2013.

Jurisprudencia Citada

Corte Constitucional

- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 239 de 1997. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Diaz.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 659 de 2002. Magistrada ponente Clara Inés Vargas Rodríguez
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 355 de 2006 Magistrados Ponentes Jaime Araujo Rentería – Clara Inés Vargas Hernández.
- CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia 1184 de 2008. Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal Sentencia Radicado 19746 M.P. Edgar Lombana Trujillo.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia Radicado 27357 de 2008.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia Radicado 33920 M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia Radicado 34494 de 2012.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia Radicado 46.766 de 2019.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia Radicado 49680 de 2018.

Legislación

- Ley 23 de 1981
- Ley 6 de 1991
- Ley 266 de 1996
- Ley 599 de 2000
- Ley 1751 de 2015. Artículo 10 literal h.