

Responsabilidad Penal Dentro de la Profesión Médica: Errores Jurisdiccionales*

Criminal Liability within the Medical Profession: Jurisdictional Errors

Diana Patricia Peña Amézquita**

Jayder Edilson Muñoz López***

Cómo citar este artículo: Peña Amézquita, D. y Muñoz López, J. (2021). Responsabilidad Penal Dentro de la Profesión Médica: Errores Jurisdiccionales. *Verba Iuris*, 17(46), pp. 129-147.

Resumen

El presente artículo responde a una revisión teórica, donde se identifican diferentes elementos descriptivos que sustentan errores jurisdiccionales en torno a la Responsabilidad Penal dentro de la profesión médica. Se desarrolla a través de la determinación de elementos representativos del tipo penal, fortaleciendo el análisis de algunos de los casos de connotación nacional. “*La complejidad y la importancia de los procesos de responsabilidad médica en la actualidad requieren iniciativas de investigación que brinden respuestas informadas ...*” a los numerosos problemas que enfrentan las decisiones judiciales. Se debe examinar, en la conducta, la intensión con la que se realizó la acción por parte del sujeto activo, adecuándola a la Imputación Objetiva.

Palabras Clave: Colombia, Derecho Penal Médico, Errores Jurisdiccionales, Imputación Objetiva, Responsabilidad Médica Legal.

Fecha de Recepción: 22 de marzo de 2021 • Fecha de Aprobación: 25 de mayo de 2021

Reception Date: March 22 of 2021 • Approval Date: May 25 of 2021

* Artículo, producto de investigación sobre “*Los errores de aplicación de la imputación objetiva al momento de establecer la responsabilidad penal de los profesionales de la salud por parte de los juzgadores en Colombia*” para optar al título de Maestría en Derecho Penal, Universidad Libre, Bogotá.

** Abogada de la Universidad Antonio Nariño. CvLAC: [generarCurrículoCv.do](#). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9541-6743>. Correo electrónico: dp_pena@hotmail.com.

*** Abogado de la Universidad de la Amazonia - Caquetá. CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/CvLAC/visualizador/generarCurrículoCv.do?cod_rh=0001506018. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7069-0762>. Correo electrónico: abogadojaydermunoz@gmail.com.

* Article, research product on “*The errors of application of the objective imputation at the time of establishing the criminal responsibility of health professionals by the judges in Colombia*” to qualify for the Master’s degree in Criminal Law, Libre University, Bogotá.

** Lawyer from the Antonio Nariño University. CvLAC: [generarCurrículoCv.do](#). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9541-6743>. Email: dp_pena@hotmail.com.

*** Lawyer from the University of the Amazon - Caquetá. CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/CvLAC/visualizador/generarCurrículoCv.do?cod_rh=0001506018. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7069-0762>. E-mail: lawyerjaydermunoz@gmail.com.

Abstract

This article responds to a review at a theoretical level, identifying the descriptive elements that support jurisdictional errors regarding criminal responsibility within the medical profession. It is developed through the determination of representative elements of the criminal type, strengthening the analysis of some of the cases of national connotation.

The complexity and importance of medical liability processes today require investigative initiatives that provide informed responses to the many issues facing court decisions. The intention with which the action was carried out by the active subject of the conduct must be examined, adapting the action to the objective imputation.

Keywords: Colombia, Jurisdictional Errors, Legal Medical Responsibility, Medical Criminal Law, Objective Imputation.

Introducción

Con la siguiente revisión pretendemos identificar desde la teoría elementos descriptivos que permitan verificar que en ciertos casos se presentan y sustentan errores jurisdiccionales en torno a la valoración de la Responsabilidad Penal dentro del ejercicio de la profesión médica.

“La complejidad y la importancia de los procesos de responsabilidad médica en la actualidad requieren iniciativas de investigación que brinden respuestas informadas ...” frente a los numerosos y constantes problemas que enfrentan las decisiones judiciales respecto a estas prácticas. Se debe examinar, en la actuación del profesional, la intención con la que realiza la acción como sujeto activo, y verificar la adecuación o no a la Imputación Objetiva.

No sobra mencionar que el ejercicio de la profesión médica presenta riesgos y varios de ellos se configuran en la realidad como riesgos penales; en consecuencia, cobra importancia la temática referida a los casos de Responsabilidad Penal Médica, para los cuales son pertinentes los elementos presentados en este artículo, que buscan estudiar y dar respuesta a los interrogantes como saber ¿A qué se hace referencia cuando se habla de deber jurídico? ¿Qué se debe saber de él? Entonces son

numerosas las preguntas que en la vida cotidiana se presenta a cualquier ciudadano colombiano cuando se enfrenta alrededor de la doctrina jurídica; buscando respuestas; por ello deben analizarse institutos como la Teoría del Deber Jurídico y todo lo que ella conlleva: significados, estructuras, efectos y consecuencias que en este escrito se abordan desde centrales puntos de vistas.

En la investigación que se realizó para la elaboración de este artículo tuvimos como objetivo aproximarnos al concepto de Responsabilidad Objetiva y realizar un amplio análisis a los diversos factores que se encuentran presentes en una conducta para adecuar la responsabilidad legal a los sujetos involucrados.

Deber Jurídico

El Deber Jurídico para Hans Kelsen (Álvarez, 2000) está caracterizado por la capacidad de subjetivación de la norma; es decir, se destaca como la aplicabilidad a un sujeto en concreto, de modo que dicho deber se encuentra en directa conexión con la norma. Este Deber Jurídico en sentido amplio va dirigido a un concepto positivo y normativo que implica el reconocimiento de la naturaleza de que toda norma jurídica conlleva un deber jurídico.

La Teoría del Deber kelseniana recuerda a Recaséns (1965) al afirmar que el Deber Jurídico se basa exclusivamente en la norma jurídica, mientras que el Deber Jurídico en sentido estricto analiza más allá de la norma los factores que han influido en el actuar en contraposición del deber, a tal punto que conlleva a que dicho Deber Jurídico sea imputable o no al sujeto dependiendo de su actuar en la situación en concreto; penalistas afirman que el Deber Jurídico se encuentra ampliamente ligado con el deber moral de cada ciudadano.

Lo cierto es que este Deber impone una obligación a los ciudadanos a través de la norma jurídica; el incumplimiento de la norma y consigo el incumplimiento al deber, implicará directamente la atribución de la responsabilidad jurídica al sujeto que haya obrado en contra de las disposiciones normativas. Dicha responsabilidad es posible que sea atribuible de forma subjetiva u objetiva; la primera de ellas tiene en cuenta dos factores importantes: el hecho ilícito y la culpa del autor; mientras que en la responsabilidad objetiva se tiene en cuenta el riesgo creado en cada caso en específico.

Profundizar en el análisis jurídico que implica la atribución de ambos tipos de responsabilidades es necesario para ilustrar el significado y la importancia del deber en el mundo jurídico. Como es de observar, todo incumplimiento al Deber Jurídico implica una responsabilidad legal, ahora bien, ¿Cómo es posible atribuir esta responsabilidad al sujeto activo teniendo en cuenta los factores determinantes en el caso concreto? La respuesta la tiene la responsabilidad objetiva, ya que su imputación implica identificar todos los elementos que se generaron en la conducta presuntamente punible tales como los efectos, el ámbito, los nexos, las consecuencias, el riesgo, las personas a las que recaería la responsabilidad y la eficaz verificación de la vulnerabilidad del bien jurídico afectado. Es así como este tipo de responsabilidad jurídica es principalmente aplicable para los casos en los que se ve inmerso el actuar médico con respecto a la vulneración de un bien jurídico.

Es la Responsabilidad Objetiva la principal herramienta dogmática encargada de realizar un amplio análisis a los diversos factores que se encuentran presentes en una conducta para adecuar la responsabilidad legal a los sujetos involucrados. Los penalistas Roxin (2008), Jakobs (1996) y Frisch (1995) son los que se han encargado de ilustrar esta responsabilidad de la siguiente forma: La Responsabilidad Objetiva solo es procedente ante un caso que presente modalidad culposa, ante una conducta típica, no basta con la sola vulneración del bien jurídico para atribuir la responsabilidad, debe estar presente la omisión del deber objetivo de cuidado y la debida diligencia; para poder identificar estos elementos es necesario primero realizar un análisis de las teorías de la causalidad y del riesgo generado, teniendo en cuenta que ninguna causal de exclusión de responsabilidad se encuentre presente.

Aportaciones Metodológicas

Este artículo responde a un acercamiento académico sostenido desde la metodología analítica descriptiva; la técnica abordada fue la interpretación de precedentes judiciales. Para ello se realiza un debido, integral y breve análisis de la literatura existente alrededor de la Imputación Objetiva, teniendo en cuenta diversos criterios. La revisión de lo artesano al respecto permite entender el tratamiento dado en Colombia al momento de aplicar la Imputación Objetiva en aquellas conductas de responsabilidad del personal médico y sus excepciones conforme los precedentes jurisprudenciales en sus diferentes instancias.

Desentrañando diecinueve (19) fuentes de información hemerográficas y bibliográficas¹ en torno a la importancia de la Imputación Objetiva al momento de encuadrar la conducta en el ámbito de Responsabilidad Penal médica en

¹ Revistas de opinión, revistas especializadas, videos, libros, monografías e informes de investigación.

Colombia, se encuentra que son en su mayoría de tipo jurídico-propositiva, enfocando un resultado crítico respecto a la situación jurídico penal a la cual se exponen los profesionales de la salud, resaltando los comparativos, teóricos y descriptivos. En menor medida se presentan los análisis de dos casos en concreto.

Las investigaciones jurídico-descriptivas, con enfoque dogmático son las más comunes; sin embargo, también se encuentran estudios históricos, jurídicos y jurisprudenciales. De esa manera, se llegan a contemplar los hallazgos que a continuación se describen, priorizando los relacionados con el derecho a la justicia. En la primera parte del artículo se reseña la literatura que aporta al tema, posteriormente se le presenta al lector la aplicabilidad de los preceptos y su eficacia limitada frente a la actuación médica en cuestión, para terminar desdibujando los errores que en Colombia se presentan al momento de encuadrar la conducta o de utilizar la Imputación Objetiva para determinar el nexo causal que indilga responsabilidad.

De allí la importancia de profundizar todo lo que pasa en el mundo legal ante una vulneración del Deber Jurídico que todos como ciudadanos poseen. La naturaleza jurídica del deber implica identificar, profundizar, analizar y encuadrar diversos comportamientos que legitimen la atribución de la responsabilidad legal que se deriva del incumplimiento del mismo deber; para muchos simplemente este deber se encuentra superficialmente presente en sus vidas, pero la ley en todo momento y lugar inmiscuye a los sujetos; la superficialidad para ella no es opción.

Siempre y cuando los hechos constituidos terminen siendo relevantes a nivel jurídico, se habla de responsabilidad penal cuando se apliquen diversos elementos de análisis configurando.

Los factores esenciales para la existencia de un delito son la Tipicidad, la antijuricidad y la Culpabilidad (Franco, 1998). Los errores o imprecisiones jurisdiccionales basados en la imputación

al momento de establecer la responsabilidad penal dentro de la profesión médica son los dados por falta de precisión en lo que se considera relevante o no para la ley penal.

La Imputación Objetiva, como un esquema capaz de atender con rigor sistemático los casos que llegan a los tribunales penales, se ha encargado de adecuar la conducta penal de los profesionales de la salud; desde luego que al hablar de responsabilidad médica no necesariamente se habla de responsabilidad penal, pues también se pueden derivar responsabilidades tanto civiles como administrativas de las actuaciones por fuera de la ley que realizan los profesionales de la salud. Lo cierto es que en Colombia se sostienen diferentes interpretaciones con relación a la imputación de responsabilidad médica, frente a los daños causados a los pacientes durante su práctica profesional (Bernate-Ochoa, 2010). Por su parte, la responsabilidad subjetiva parte de la realización de un hecho ilícito por parte del sujeto activo denominado como delito penal; con el despliegue de esta conducta que constituye el delito penal (vulnerando uno o varios bienes jurídicos) se genera la responsabilidad penal, identificando que la conducta efectivamente se encuadra en el tipo penal; se debe comprobar que efectivamente la conducta realizada por el sujeto agente se encuadra en el tipo penal e infringe el deber jurídico.

La doctrina que regula la Imputación Objetiva en los profesionales médicos es abundante; por ello se destacan aquí aportes significativos; pero ¿Qué se entiende por Imputación Objetiva?, ¿Cuál es su finalidad y por qué es importante al momento de imputar una responsabilidad médica legal?

Se entiende por Imputación Objetiva como aquella figura jurídica que permite restringir la responsabilidad jurídica destacando que no todo acto humano o infracción es de interés penal; su finalidad es determinar a partir de ciertos criterios y elementos cuáles son los acontecimientos que se pueden imputar, partiendo de la atribución de un resultado a la conducta infractora.

El ejercicio de la medicina implica constantemente la creación de una situación de riesgo; es por esto por lo que el derecho no se aplica con igualdad en una situación ordinaria de un hecho jurídico que haya surgido en el ejercicio de las funciones del personal médico. Ahora bien, la Imputación Objetiva implica que no todos los resultados que aparentemente hayan vulnerado bienes jurídicos a través de la práctica de la medicina son imputables.

De esta manera, para analizar la Imputación Objetiva del comportamiento es necesario tener en cuenta las siguientes instituciones dogmáticas: *El riesgo permitido, el principio de confianza, la actuación a riesgo propio de la víctima y la prohibición de regreso*, entre otros elementos que más adelante se analizan dependiendo de la doctrina.

Primero, es necesario diferenciar la Imputación Objetiva en sentido amplio y en sentido estricto; la primera de ellas hace referencia a la imputación de la conducta que permite establecer mediante criterios normativos si el acusado ha desarrollado un actuar que se considere penalmente delictivo; es decir, si su conducta se adecúa o no a lo indicado por el legislador en el tipo penal. Para realizar este juicio no es suficiente con tener en cuenta los criterios exegéticos de interpretación, sino también es necesario que el juicio se complemente con el análisis del Principio de Confianza, la autopuesta en peligro, la prohibición de regreso y los criterios de riesgo permitido.

En sí, la Imputación Objetiva, en sentido estricto, es la imputación del resultado estableciendo la existencia de una relación entre la conducta realizada por el agente y el resultado lesivo para el bien jurídico en cuestión. Si se elimina mentalmente la conducta o riesgo creado y el resultado desaparece, es afirmativa la relación entre ambos; pero si, por el contrario, el resultado se da, aunque la conducta no se hiciera presente, no es procedente la imputación del resultado. Hablando estrictamente de derecho penal médico, esta relación se debe establecer

mediante un dictamen pericial para que a través del mismo el juez pueda analizar científicamente el caso concreto. Según Roxin (2008), los criterios de esta imputación son el ámbito de aplicación de la norma y el incremento del riesgo.

El riesgo permitido concreta límites a las actividades que se consideran riesgosas por su naturaleza y reglamentándolas a su vez. Significa que quien, dentro de esos límites y sin infringirlos, afecte un bien jurídico, estaría actuando conforme a la ley pues se considera un riesgo general permitido.

En esos términos, para fundamentar la existencia de un riesgo permitido es necesario ponderar las ventajas que implican la permisividad del riesgo en concreto, pero a su vez teniendo en cuenta los daños que posiblemente pudiese acarrear dicha actividad, desde el momento en que se logre determinar que los beneficios son mayores que la peligrosidad que implica su realización, el riesgo permitido se considera justificado (Parra, 2014). No basta con que se considere socialmente adecuado, sino que necesita la permisividad expresa de la ley.

La Responsabilidad Penal en el ejercicio de la medicina sí se configura, pues no todas las actuaciones del personal médico bajo el ejercicio de sus funciones se encuentran protegidas por la ley (Santos, 2016); esto se debe a que pueden existir conductas dolosas, *mal praxis*, negligencias, impericias, entre otras, que directamente vulneren el bien jurídico tutelado. Es decir, aunque la profesión médica implique de por sí la creación de un riesgo que sea permitido, no quiere decir que todas las actuaciones realizadas bajo la misma sean permitidas, pues estaríamos vulnerando la igualdad ante la ley.

El segundo elemento a tener en cuenta es el Principio de Confianza, el cual se encuentra íntimamente ligado al riesgo permitido bajo el entendido de que el principio es necesario para que se establezca un vínculo de confianza que permita asegurar a las personas en general que

el comportamiento y actuar de los médicos serán acordes con su rol, sin infringir la ley.

Cuando existen elementos que hagan pensar de manera inequívoca que el tercero no se comportará de acuerdo a lo que se espera de él, ya no es posible invocar el principio de confianza. Ejemplo, el conductor de un vehículo que circulando a velocidad permitida observa unos niños jugando en la calzada que hacen caso omiso de su presencia, debe utilizar el sistema de frenos, no pudiendo alegar en caso de lesión que confiaba en que los niños se retirarían de la calle (Dal, 2011, p. 57).

Tampoco se puede invocar el Principio de Confianza cuando exista una actuación desaprobada sin un nexo causal entre el *riesgo creado* y el *resultado*. Quien haya defraudado la confianza debe responder por ello, aunque no haya sido el autor directo de la defraudación².

El tercer elemento a tener en cuenta para la Imputación Objetiva de la responsabilidad es, según Jakobs (Rojas-Quiñones y Mojica-Restrepo, 2014), la *Prohibición de Regreso*. Esta institución dogmática es la encargada de enmarcar la participación dentro de la *Teoría de la Imputación Objetiva*, impidiendo que el comportamiento lesivo constituya participación alguna en una organización no permitida y fijando límites en la responsabilidad penal. Esta responsabilidad no traspasa al tercero que, sin querer, entrelazó sus comportamientos con el sujeto agente. Puede pensarse en el caso del panadero quien vende una pieza de pan y el sujeto agente que lo compra, lo envenena y lo ofrece a su enemigo; quien debe responder penalmente por homicidio es el sujeto agente, nadie más, aunque el panadero haya realizado una aportación al hecho.

La última institución dogmática es la *Competencia* de la víctima; pues se debe tener

² Un ejemplo puede darse cuando el auxiliar del médico actúa incorrectamente; el médico debe responder evitando el daño en el paciente.

en cuenta, recordando a Jakobs, la intervención de la víctima en el suceso, partiendo del reconocimiento de un posible *Principio de Autoresponsabilidad* de la víctima, otorgándole un ámbito de responsabilidad si hubiere lugar al mismo. Como consecuencia, “*cuando a la víctima le incumbe la consecuencia dañosa ya sea por su comportamiento o por haber mediado un infortunio que deba soportar, no hay Imputación Objetiva posible al tercero que actuó en forma organizada con ella*” (Dal, 2011, p. 60). Es decir, que la lesión del bien jurídico causada no es posible que se impute al tercero que conjuntamente se organizó con la víctima.

Discusión

Revisión Comentada de la Literatura

En esa medida, se hace relevante reconocer que en Colombia la primera etapa de la imputación ha tenido como base la relación de causalidad; es decir, se parte de demostrar que entre la acción y el resultado existe un nexo de causalidad que permita dar paso al inicio de la Imputación Objetiva. No es posible realizar un análisis de dicha imputación si la acción que se le atribuye al sujeto activo no tiene nada que ver con el resultado lesivo. Es por esto por lo que el primer paso es comprobar si verdaderamente existe la relación de causalidad.

Aquí es donde se encuentran en controversia diversos elementos, pues los doctrinantes que han tratado este tema han sido tantos, que se plantean diversas teorías sobre la aplicación de la Imputación Objetiva.

Ahora bien, estas teorías en torno a la Imputación Objetiva son necesarias para establecer la responsabilidad en una conducta realizada por un funcionario médico que vulnere un bien jurídico bajo su praxis, mediante la aplicación de esta Teoría se consigue, primero: determinar los distintos ámbitos de responsabilidad de los

sujetos activos que hayan realizado la conducta lesiva siempre y cuando esta sea de importancia para la ley penal; segundo, determinando la forma más adecuada de imputar un la creación y materialización de un riesgo no permitido que tenga incidencia directa en el resultado a través de una valoración *ex ante* adecuada además de una valoración *ex post*.

Para que se realice una aplicación integral de esta Teoría de Imputación Objetiva, es necesario tener en cuenta –y utilizar– las leyes fenomenológicas, científicas, reglas de la experiencia, entre otras herramientas teórico-prácticas.

La incidencia de la Imputación Objetiva en las conductas médicas debe propiciar un análisis jurídico más amplio, recordando que no todas las conductas dadas bajo el ejercicio médico en las que se vulnere un bien jurídico son atribuibles, pero así como se constituyen espacios de protección para su ejercicio, deben cumplir correctamente con las posiciones de garante que incluye el rol de eliminar y vigilar las fuentes de peligro dirigidos a los bienes jurídicos de las personas, llevando a cabo una atención y tratamiento médico adecuados para evitar así la atribución de la responsabilidad penal médica.

En esta actividad médica, así como también se derivan actuaciones en diversos campos de derecho, es posible afirmar que se presentan diferentes modalidades de la conducta, no sólo se presentan delitos a título culposos, sino también dolosos. Ejemplos de las conductas dolosas que pueden responder a este tipo de actividades médicas es la manipulación genética (CP art. 132), el aborto en casos no permitidos (CP art. 122), fecundación y tráfico de embriones humanos (CP art. 134), entre otros. Sin embargo, nótese que este campo concierne a la Imputación Subjetiva, la cual se encarga de analizar las modalidades presentadas en la conducta.

Lo que se ha establecido jurídicamente con mayor énfasis es que sin establecer una clara Imputación Objetiva resulta inadecuado realizar

el análisis subjetivo de la conducta (teniendo en cuenta el *iter criminis*), ello demanda una adecuada Imputación Objetiva frente a las actuaciones de los profesionales de la salud que impliquen la vulneración y daño de los bienes jurídicos de las personas, siendo este el medio más adecuado para llevar a cabo el análisis del esquema finalista del comportamiento penal.

La Imputación Objetiva, hace parte de la sociedad de riesgo, lo que implica que la medicina sea vista como una actividad peligrosa, es decir, la contingencia de generar lesiones o muertes en la prestación del servicio de salud, resultados que no siempre pueden ser atribuíbles jurídicamente a los galenos, pues ya no es suficiente la constatación de la causalidad (Caballero, 2013, p. 117).

Un ejemplo casuístico es el médico L quien bajo el ejercicio de sus funciones realizó una cirugía de alto riesgo a Y cumpliendo con el deber objetivo de cuidado, pero este fallece en medio de la cirugía. L no debe responder penalmente por el tipo penal de Homicidio establecido en el Art. 103 CP puesto que él obró adecuadamente y cumpliendo con todas las atenciones pertinentes al caso. Mientras que, el mismo médico L ha recibido el caso de K a quien, por error, le suministra medicamentos teniendo en cuenta el historial clínico de la paciente M y estos posteriormente inducen a la muerte de K por ser altamente dañinos para su organismo. El médico L, debe responder por “Homicidio” en su modalidad culposa, ya que infringió el deber objetivo de cuidado creando un riesgo jurídicamente desaprobado configurando un delito contra la vida e integridad personal de K.

Lo expuesto aquí fue el Sistema para la Imputación Objetiva del comportamiento de Jakobs (1997). Al analizar un caso que se halle encajado en la práctica médica y deba establecerse si se incurre o no en una conducta delictuosa es necesario no solamente tener en cuenta los hechos, sino también la doctrina que imparte la forma en

la que debe llevarse a cabo el análisis de la imputación; fundamentando la conducta típica con la creación de un riesgo que se encuentre jurídicamente desaprobado y con la realización de dicho riesgo por parte del sujeto agente.

De ese modo, para Jakobs (1996)

La teoría de la Imputación Objetiva del comportamiento aporta el material con cuya ayuda puede interpretarse el suceso puesto en marcha por una persona como un acontecer socialmente relevante o irrelevante, como socialmente extraño o adaptado, como que socialmente ha de considerarse un mérito o, especialmente, como que destaca de modo negativo (p. 24).

Es de importancia aclarar que el esquema propuesto por Jakobs constituye una de las muchas doctrinas que sirven como parámetro para comprender y realizar la Imputación Objetiva, teniendo como propósito analizar si la conducta en cuestión constituye un hecho relevante para la ley penal.

Siguiendo a Claus Roxin (2008), la Responsabilidad Penal en los funcionarios de la salud se aprecia a través de la Teoría de la Imputación Objetiva explicando cada uno de sus criterios (Mendoza, 2011); esta vez aclarando que las solas teorías causales son insuficientes para determinar tal responsabilidad, pues anteriormente se manejaban *la equivalencia de las condiciones, la causalidad adecuada y la relevancia típica*, las cuales se usaban para analizar la responsabilidad penal teniendo en cuenta la causalidad de la conducta. Apartándose de esto último, Roxin determina que es necesario cumplir con los criterios derivados de la Teoría de la Imputación Objetiva para llevar a cabo un mejor análisis de la eventual responsabilidad.

Se parte entonces de afirmar que la medicina es una actividad peligrosa con riesgos inminentes, pues durante la prestación de un servicio de salud se pueden derivar lesiones o incluso la muerte del paciente sin que el hecho *per-sé* determine la

responsabilidad del médico, pudiendo recordarse que es un riesgo jurídicamente aprobado.

No es suficiente entonces abordar el análisis de una *constatación de causalidad*, sino que también se debe analizar la conducta *ex ante*, para determinar si el funcionario médico incrementó y desbordó el riesgo socialmente permitido (o por el contrario actuó dentro de sí) y si fue este mismo el encargado de concretar el resultado que conllevó a la afectación del bien jurídico.

Para estudiar estrictamente la Imputación Objetiva se recomienda analizar las conductas con modalidad culposa ocasionadas bajo el ejercicio médico (siguiendo la Teoría de Roxin); de modo que para que una conducta culposa realizada por el sujeto agente o diversos sujetos agentes es necesario que exista una infracción al Deber Objetivo de cuidado (Montealegre, 1987) y que sea previsible el resultado.

Los criterios a tener en cuenta según el doctrinante son los siguientes: Primero, no se pueden desconocer las teorías sobre relación de causalidad (a través de la Teoría de la Equivalencia de las Condiciones, Teoría de la Causalidad Adecuada y teoría de la Relevancia Típica); posterior a ello es necesaria la Teoría de la Imputación Objetiva y sus elementos, teoría en la cual se centra este artículo.

El primer criterio a tener en cuenta es la Sociedad de Riesgo y la medicina como actividad peligrosa; cuando se habla de una Sociedad de Riesgo se refiere al constante peligro por el que pasan los bienes jurídicos de los ciudadanos en una sociedad moderna con el ejercicio de diversas actividades como lo son la conducción, la aviación, la industria, el deporte, la medicina entre otras. Se parte entonces de la creación de una ponderación entre riesgo y beneficio para determinar el riesgo permitido.

Este criterio de ponderación entre riesgo y beneficio también fue valorado por Jakobs, quien al igual que Roxin, considera relevante la realiza-

ción de dicha ponderación para posteriormente determinar la permisión de las actividades de riesgo teniendo en cuenta tanto riesgo-beneficio y utilidad-necesariedad. Es obligatorio que, mientras el riesgo se encuentre permitido, las personas que lo ejercen actúen bajo el margen del mismo manteniéndose en pocas palabras, dentro del riesgo permitido (Dal, 2011).

(...) los galenos, al asumir voluntariamente la protección de los bienes jurídicos de los pacientes, esto es, la vida, la salud e integridad física y psíquica, no pueden garantizar que en todos los casos se cumpla con las expectativas de recuperación –es factible que los pacientes fallezcan o resulten lesionados–, riesgos que asume el paciente y que son aceptados socialmente (Valencia, 2013, p.125).

La medicina es una actividad riesgosa permitida pues la ponderación entre el riesgo y el beneficio indica la *necesariedad* de este ejercicio para garantizar la vida y el bienestar de las personas. Ahora bien, si el agente ha realizado una conducta ejerciendo la medicina, pero ha creado un peligro adicional para el bien jurídico vulnerado que no se encontraba dentro del riesgo permitido y si ese peligro se encuentra realizado en el resultado concreto, se debe imputar objetivamente al agente. Siguiendo a Roxin (2008) y dando origen al criterio respaldado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, los casos que excluyen la imputación son los siguientes:

- a) *disminución del riesgo;*
- b) *falta de creación de peligro jurídicamente relevante;*
- c) *creación de peligro y cursos causales hipotéticos; y*
- d) *casos de riesgo permitido.*

La disminución de riesgo implica una desviación en el curso causal disminuyendo el riesgo existente dirigido a la víctima a través de un comportamiento desplegado por el autor; la falta de creación de peligro relevante es cuando ni se

reduce ni se incrementa el peligro manteniéndose el autor dentro de los límites del riesgo permitido; la creación de peligro explica que sólo es atribuible la responsabilidad al autor cuando éste haya creado directamente un riesgo jurídico no permitido (Amato, Fernández, y Castro, 2018), no por situaciones ajenas al mismo (ej.: muerte por una enfermedad incurable) y por último, los casos de riesgo permitido aduce a aquellas conductas que realiza el autor poniendo en peligro los bienes jurídicos de la víctima pero cumpliendo y respetando los límites establecidos en el ordenamiento jurídico, conforme a todos los parámetros legales y protocolos médicos.

A su vez, no es posible hablar de una realización de riesgos, según el doctrinante, en casos de:

- a) *falta de realización del peligro;*
- b) *falta de la realización del riesgo no permitido;*
- c) *cuando los resultados no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado; y*
- d) *en presencia de las conductas alternativas conforme a derecho y la teoría del incremento del riesgo.*

En el primero de ellos existe una conducta del médico que genera la creación de un peligro atentando contra el bien jurídico, pero el resultado final no se presenta por la creación directa de ese peligro, pues existe una relación causal que no implica la materialización del resultado. Aquí estaríamos ante la presencia de un homicidio con causal, si se deviniere la muerte de la víctima; recordando por supuesto que esta figura es atípica ante la legislación penal colombiana. La falta de realización del riesgo no permitido se presenta cuando, pese a que existe una creación del mismo por la ley, según Valencia (2013), el riesgo no supera los límites con los cuales se materializa el resultado; es decir, analizando “*ex ante del comportamiento del autor, resulta negativo el juicio de determinación casual del resultado*” (p. 129). Se trata entonces de una elevación de riesgo

que no excede los límites ni recae en excesos que hayan incidido directamente en el resultado.

El tercer caso en el que se da la ausencia de responsabilidad para el sujeto agente se presenta cuando el autor supera el riesgo jurídicamente no permitido, siempre y cuando la norma que se infringe no tuviese la finalidad de evitar la realización del resultado típico. Ejemplo de ello, es el caso del dentista que *le extrae dos muelas a una mujer bajo anestesia total, y esta muere de un fallo cardíaco. Aunque ella le había avisado antes de que tenía algo en el corazón, el dentista había omitido la compañía de un internista, como requería el cuidado debido*. Sin embargo, es probable que así el internista hubiese seguido a la paciente, la dolencia cardíaca no se hubiera detectado en su momento concreto, y la paciente hubiera fallecido luego (Roxin, 2008).

Si bien Roxin (2008) expone un ejemplo frente a un caso de omisión al deber de cuidado, pero se excluye de responsabilidad al profesional, porque la norma no tenía como finalidad el evitar el hecho jurídico: la muerte. Por último, se aplica la teoría del incremento de riesgo y de conductas alternativas conforme a derecho cuando la conducta cometida no se atempera a la norma, pero aun así el resultado se habría llevado si no se hubiese presentado dicha conducta.

Para Roxin (2008) el último elemento a tener en cuenta para determinar una responsabilidad objetiva es el alcance del tipo en términos de cooperación en autopuesta en peligro (aplicándose el principio de autorresponsabilidad y excluyendo de responsabilidad al autor si la persona afectada decide libre y voluntariamente hacer frente al peligro), *puesta en peligro de un tercero consentida por este, imputación del resultado en un ámbito de responsabilidad ajeno* (por un hecho cometido por otro) y daños causados por un shock (sufridos por la víctima o por terceras personas), al igual que daños sobrevinientes.

Hasta aquí puede notarse la manera como la Teoría de Roxin conduce a la consideración de

la Imputación Objetiva como el mejor medio para determinar la responsabilidad penal a un funcionario médico, recordando que tanto la imprudencia, negligencia e impericia ya no se encuentran regulados por la ley actual y además, resaltando la insuficiencia de las teorías de la causalidad para realizar una imputación de responsabilidad adecuada.

En conclusión, los criterios mencionados son los que destaca Roxin (2008) para establecer e imputar un resultado que sea jurídicamente relevante, recordando por supuesto que no todo acto humano es importante para la ley penal y, por consiguiente, no activa la rama judicial ni hay lugar al nacimiento de un proceso.

Aplicabilidad de los Preceptos

Es de importancia tener en cuenta que en Colombia los funcionarios de la salud no solamente responden por las infracciones al Código Penal, sino que también tienen el deber de atemperar su actuar a ciertas disposiciones legales, como las contempladas en la Ley 35 de 1929 en cuanto *regula el ejercicio de la profesión de medicina en Colombia*, la Ley 23 de 1981 la cual dicta *normas en materia de ética médica*, y la Ley 1164 de 2007 que regula *el talento humano en salud*, teniendo en cuenta a su vez las modificaciones introducidas por la Junta Médica Nacional (JMN). Todo actuar que infrinja estas disposiciones o las establecidas en la ley ordinaria nacional, se considera en contra de la ley, y por lo tanto con un debido análisis de la imputación tanto objetiva como subjetiva, se deriva la responsabilidad.

Uno de los elementos de la Imputación Objetiva es el análisis en torno a la posición de garante adquirida por el sujeto activo respecto de la otra persona; ahora bien, ¿todos los médicos cuentan con esta posición de garante respecto a los pacientes? La respuesta es no. Para atribuir responsabilidad penal a un médico, según uno de los criterios, debe existir una infracción

y omisión ante esta posición de garante, pero esta no se adquiere *per se* a la profesión, sino que exige para su constitución la existencia de una relación contractual entre paciente y médico que obligue a este último a actuar protegiendo los bienes jurídicos del usuario y evitando los daños al tercero. Debe existir una vinculación especial entre ambos, una relación con la víctima, para que sea viable atribuir la responsabilidad del perjuicio al bien jurídico.

Esto se presentaría, evidentemente, en todas aquellas situaciones donde el médico asume un compromiso expreso de atender a quien se lo demanda. En estos casos es imprescindible que el acto de asunción se fije en su exacta dimensión y límites. Además, es importante hacerlo como compromiso ético de todo el personal de salud sumándolo a las acciones de las instituciones prestadoras del servicio, quienes asumen la tarea de minimizar los efectos negativos, dejando de hablarse de una responsabilidad individual y convirtiéndola “en una obligación colectiva en la que se incluyan actores asistenciales, administrativos o financieros” (Jojoa, 2019, p. 24).

Así las cosas, la responsabilidad por omisión en el personal médico sólo sería atribuible penalmente si se presentase una relación profesional directa entre el médico y paciente; en pocas palabras, cuando el médico asuma el caso y tenga al enfermo “en sus manos”, asumiendo el compromiso expreso de atender al paciente, estableciéndose de esta manera, la posición de garante, e implicando entonces, que sea el médico quien tendrá el deber jurídico de obrar para impedir que se produzca un resultado atípico siempre y cuando el mismo sea evitable.

Será responsable ante la ley aquel médico que siendo garante (estando obligado a actuar por la Constitución) se abstiene a actuar, y esta misma omisión lleva a la producción de un resultado con el que se afecten bienes jurídicos del paciente respecto al cual constituyó la posición. Según Daza (2017), “*termina la Corte indicando*

que existe posición de garante en todos aquellos eventos en los que, frente a cualquier bien jurídico, la persona tiene la obligación constitucional o legal de actuar y no lo hace, aunque puede y debe hacerlo” (p. 24).

Es decir, que para determinar una imputación por omisión frente a la posición de garante de un médico no basta con constatar la existencia de una causalidad entre el hecho y el resultado, sino que también es indispensable que el médico se encuentre en la obligación de impedir el resultado, y esta obligación según lo visto, sólo es posible que surja cuando el médico haya asumido la atención de la víctima en cuestión como su paciente. El médico debe incurrir en la creación o aumento de un peligro atribuible y es necesario que ese peligro sea el que haya determinado el resultado, para que la responsabilidad penal sea atribuible.

De ahí que, uno de los elementos más importantes a tener en cuenta en el momento de realizar una Imputación Objetiva a un profesional de la salud es la *lex artis*, pues ésta se desarrolló ampliamente a través de jurisprudencia para explicar el ámbito de la responsabilidad médica. La *lex artis* regula las reglas técnicas a las que el comportamiento de los funcionarios de la salud se tiene que adecuar bajo el ejercicio de su arte u oficio, constituyendo así las denominadas reglas del oficio médico, basadas en la especialidad del ejercicio; es decir, que su fundamento se encuentra basado más que todo en la ciencia médica que en lo legal, implicando que haya lugar a una imputación cuando se presente algo más que la producción de un resultado lesivo.

El objetivo de la *lex artis* es valorar si la actuación médica en cuestión es acorde con las conductas profesionales permitidas, apreciando la corrección o no del resultado que propinó dicha conducta. La técnica se basa en los principios y normas regidos por la ciencia de la profesión médica teniendo en cuenta la concreción de cada acto médico, es decir, las peculiaridades de cada actor.

Se encarga entonces la *lex artis* de señalar que a la actividad médica no se le puede atribuir una responsabilidad por resultados sino por medios, es decir, es cierto que el derecho penal es un derecho de resultados; pero al momento de abrir un proceso penal para determinar una responsabilidad médica es necesario prescindir de la base de condenar los resultados, pues aquí la *lex artis* exige valorar no sólo los resultados, sino los medios utilizados en la concreción de la conducta. Se debe verificar que el profesional acudió a todos los medios que se encontraban a su alcance para evitar los resultados lesivos que provocaron ya sea las lesiones personales o el homicidio del que se tratase el caso.

Esta *lex artis* se encuentra constituida por cuatro elementos esenciales: un profesional idóneo que tenga los conocimientos y experiencia necesaria para poder ejercer la medicina adecuadamente, un estudio y análisis previo del paciente realizando el médico una evaluación adecuada a la salud del paciente y dedicando tiempo para su valoración, el empleo de técnicas y medios convenientes con aceptación universal y el consentimiento informado a través del cual el paciente autorice al médico para que lleve a cabo un procedimiento. Todo esto implica que se presente un cumplimiento del deber objetivo de cuidado en la actividad médica.

Toda conducta que sea ejercida dentro de la *lex artis* no tiene lugar a alguna imputación de responsabilidad, y no cabe formular un juicio de reproche así el resultado no haya sido el esperado, pues se entiende que si el actuar se adecuaba a la *lex artis* se realizó conforme a la ley, utilizando los medios que se encontraban al alcance del indiciado y cumpliendo con el deber objetivo de cuidado que la *lex artis* le impone para el ejercicio de sus funciones.

El profesional de la medicina debe acudir a todos los medios a su alcance según la lex artis del oficio, aun cuando no esté obligado a garantizar un resultado. Sostiene que para

determinar los elementos que integran la lex artis, como criterio valorativo de la corrección de un acto médico en concreto, se debe tener en cuenta las características del profesional, la complejidad del acto médico, la trascendencia que para la vida del paciente éste representa y los antecedentes de todo orden del paciente (Corte Suprema de Justicia, SP8759-2016).

Se entiende entonces por *lex artis* como el conjunto de las *reglas científicas o de la experiencia, verificables y actuales que integran el conocimiento aprobado por la comunidad científica*, dependiendo por supuesto de las circunstancias concretas de cada caso, es decir, estas reglas no pueden ser rígidas y atribuibles por igual ante cualquier caso donde medie el actuar médico, según el concepto dado por la Corte Suprema de Justicia a través de jurisprudencia. Se dicen que no pueden ser rígidas porque deben atender al caso específico y además porque también dependen de las características del profesional que llevó a cabo la conducta (por su experiencia, criterio y especialidad).

Expectativas Nacionales en Medio de Errores Cometidos

En Colombia se ha inducido en diversos errores el análisis de este tipo de imputación dirigido a los profesionales de la salud; es probable que no se tengan en cuenta los criterios necesarios para realizar este procedimiento o se omitan arbitrariamente los mismos, obligando a responder a los profesionales de la salud por los resultados causados por simple presencia de nexo causal entre la conducta y el resultado, mas no por los medios y herramientas (usadas u omitidas) por los médicos en el ejercicio de sus funciones.

Un caso específico de error jurisdiccional, fue el cometido al imputar una responsabilidad médico penal desconociéndose los elementos y criterios anteriormente mencionados; se trata del Auto 42624 que profirió la Corte Suprema

de Justicia en enero del 2014 decidiendo no casar el fallo impugnado, pues tanto en primera como segunda instancia se decide absolver a Andrés Marciales Toloza por el delito de homicidio culposo; el señor indiciado actuó como médico de la señora Luz Carime Acevedo quien se encontraba en estado de gestación; la acción penal surge debido a que le suministró un medicamento a la madre gestante, que a consideración de la víctima, condujo a la muerte del *nasciturus*.

En las sentencias de primera y segunda instancia se presentan diversos criterios que son relevantes para el estudio de la Imputación Objetiva, pese a que en ambas sentencias se absolvió al indiciado del delito de homicidio culposo, ninguna de ellas realizó una argumentación suficiente y conforme a lo estudiado aquí, siguiendo los criterios de la Imputación Objetiva de la responsabilidad del médico.

Resumiendo, la primera sentencia se decidió por falta de pruebas, existiendo dudas acerca de la responsabilidad penal; por ende, se absuelve de conformidad con el principio de *in dubio pro-reo*, principio jurídico que establece una clara protección a la persona acusada cuando hay insuficiencia probatoria para demostrar la conducta lesiva. Este principio en pocas palabras expresa que, frente a incapacidad probatoria y/o frente a dudas del juez sobre la culpabilidad de la persona acusada, se debe absolver de toda responsabilidad, teniendo como base la presunción de inocencia.

La segunda instancia fue un poco más asertiva al determinar que no era procedente alguna responsabilidad penal dirigida a este médico por atipicidad de la conducta, pues como bien se sabe, no es posible atribuir un homicidio en contra de un *nasciturus*, ya que al feto no se le considera persona, ni se le puede tratar igual jurídicamente. Aun así, tanto en primera como en segunda instancia, pese a que se absolvió de responsabilidad al médico, no se llevó a cabo un verdadero análisis de la Imputación Objetiva de la responsabilidad teniendo en cuenta los crite-

rios anteriormente mencionados, cosa que sí hace la Corte Suprema de Justicia mediante auto decidiendo no casar el fallo impugnado por las siguientes razones:

- 1) El comportamiento del médico se ajustó a la *lex artis*, pues no fue desmedido ni vulneró este módulo rector de la función médica.
- 2) A pesar de que efectivamente existe un nexo causal entre la conducta del médico y el resultado (fallecimiento del *nasciturus*), no fue determinante la conducta para la comisión del resultado.
- 3) Existió un incremento de riesgo pues el doctor formuló un medicamento que no se encuentra permitido para el consumo de una gestante, aun así, esta creación de riesgo no incidió directamente en la muerte del feto teniendo en cuenta que los exámenes de medicina forense no determinaron que la administración de dicho medicamento (nifedipino) fuera el causante de la muerte del feto.
- 4) No se puede desconocer el principio de legalidad, puesto que el tipo penal de homicidio no se encuentra dirigido a los *nasciturus*.
- 5) No se afectó la posición de garante en la que se encontraba el médico, pues obró de acuerdo a la evitación del peligro sin realizar omisión alguna a su deber.

Es claro que hubiese existido una economía procesal alta si desde la sentencia de primera instancia el juez hubiese valorado acorde y de forma integral la Imputación Objetiva del médico Andrés Marciales Toloza, teniendo en cuenta no sólo el principio de *in dubio pro-reo*, sino dando una aplicación jurídica a los criterios determinados en la doctrina.

Otro caso colombiano para este análisis puesto que en él se presentaron claros errores jurisdiccionales al momento de determinar la responsabilidad médica legal se encuentra solucionado en la sentencia 32582 expedida por la Corte Suprema de Justicia el 28 de octubre de

2009, en la cual se encontraron claras falencias en las instancias debido a que no se tuvo en cuenta la doctrina en el momento de realizar el análisis de Imputación Objetiva.

En primera instancia se absuelve por el delito de homicidio culposo y en segunda se revocó. La Corte Suprema de Justicia llama de forma indirecta la atención al Juzgado Penal del Circuito de Magangué y al Tribunal de Cartagena, pues incurrieron en errores jurisdiccionales al momento de emitir sentencia. La CSJ realizando un análisis debido determina que el deceso de la señora Leticia Merecedo no fue consecuencia directa del acto negligente (retraso en la práctica de cateterismo) del Dr. Jerry Cuesta Romero, determinando que el médico no estaba en la capacidad de evitar el resultado, pues resultaba imposible para él evitar la muerte de la paciente. Se demuestra a su vez que el resultado se hubiese producido así el galeno en su momento hubiere ordenado la práctica a tiempo del cateterismo.

El médico no estaba en la posibilidad de controlar la no producción del resultado ni su actuar determinó o incidió en el deceso de la señora Merecedo. Es cierto que se encontraba en una posición de garante y realizó una omisión, pero según doctrina, no hay lugar a responsabilidad penal si esta omisión no incidió en el resultado fatal; de haberse realizado, igualmente se hubiera producido el fallecimiento. Con ello se demuestra que no basta con la causalidad y la producción del resultado para determinar la responsabilidad. Es por esto por lo que es de gran importancia tener en cuenta la doctrina al momento de realizar una imputación, y la CSJ fue exacta al absolver de culpa al médico estableciendo sentencia absolutoria destacando en la misma la aplicación debida de la doctrina, e indicando los verdaderos pasos a seguir ante una imputación de responsabilidad médica.

La responsabilidad médica colombiana debe ser de medio y no de resultado, pues el médico no se encuentra en posición de garantizar la salud

total del paciente, su obligación es brindarle apoyo clínico para obtener su mejoría. Si bajo el cuidado del galeno llega un paciente que presenta una grave enfermedad terminal y un día bajo los tratamientos del doctor fallece, éste último no tiene por qué responder por el deceso, siempre y cuando haya presentado todos los cuidados con el paciente. Se entiende la responsabilidad médica *excepcionalmente* de resultado en los procedimientos estéticos o en caso de prótesis, partiendo de la generación de expectativas irreales al paciente. El procedimiento para determinar cuáles son los pasos a seguir para derivar una responsabilidad médica en Colombia se ha indicado a través de jurisprudencia y doctrina.

Debe averiguarse cuál o cuáles de los deberes obligaciones han sido inobservados y de qué forma y, cual el alcance de cada uno de ellos, para poder juzgar la conducta del profesional frente a cada caso concreto, y así poder determinar cuál es la incidencia causal de los incumplimientos o las deficiencias en el desencadenamiento del evento dañoso. Por lo anterior se tendrían que hacer, primero, un análisis frente al caso concreto –atendiendo la naturaleza de la patología– y, segundo, evaluar las etapas o fases en que se proyecta la adecuada realización del acto médico complejo, con el propósito de identificar qué prestaciones pueden encuadrarse en el rubro de mera actividad y cuales otras exigen el resultado concreto dentro de toda la prestación médico asistencial (Consejo de Estado, Sentencia 12655).

Es de importancia recordar por supuesto que los eximentes de responsabilidad que consagra el Art. 32 del Código Penal Colombiano se deben aplicar en los casos de responsabilidad médica si hubiese lugar a ello, exonerando de toda culpa al médico si la obligación encaja en los casos que dan lugar a considerarse de resultado; probando Fuerza mayor (hechos de la naturaleza), caso fortuito (actos de los hombres), culpa exclusiva de la víctima (es la víctima quien causa el

perjuicio) y hecho de un tercero (persona ajena a la relación médico-paciente).

Las responsabilidades jurídicas que se derivan en Colombia frente a un incumplimiento médico van desde la Responsabilidad Constitucional (la conducta del médico que ha generado un daño antijurídico al paciente deslegitima al estado transgrediendo el Art. 2, el Art. 95 y el Art. 209 Constitucional –en caso de que fuese funcionario público–), hasta la Responsabilidad Administrativa (la institución clínica a la que pertenecía el médico declarado responsable tiene derecho a presentar una acción de reparación directa haciendo valer la acción de repetición estatal contra el médico, además de ello, puede suspenderlo de sus funciones).

Sin embargo, otro tipo de Responsabilidad es la Disciplinaria³, así como la Responsabilidad Penal (siempre que la conducta constituya la violación de un bien jurídico y éste sea de importancia para la ley penal, derivándose actuaciones típicas que deben ser juzgadas. Además, se deben tener en cuenta además las normas que rigen la ética médica –Ley 23/81 y el Decreto 3380/81–, aquí el juzgador es el tribunal de ética médica).

Estos son los ámbitos de responsabilidad en los que eventualmente incurriría el profesional de la salud que no haya actuado acorde a la ley y el ordenamiento jurídico colombiano. Así como se derivan responsabilidades en diversos sectores, también existen garantías genéricas y específicas que proporciona la ley penal y de procedimiento penal frente a los derechos del procesado, las cuales tienen como finalidad brindar un marco de seguridad jurídica al procesado protegiendo sus derechos fundamentales en el marco de la actuación penal.

Los dos bloques de garantías especiales son: Garantías Genéricas y Garantías Específicas. La

³ Bajo la guía y fundamento de la Ley 734 de 2002, la Procuraduría puede sancionar al médico con amonestaciones o destitución según la “*gravosidad*” del caso.

primera de ellas hace referencia a las normas generales que se presentan en el desarrollo de la actividad procesal, y su validez se encuentra presente en cualquier momento del proceso, sin importar el estado en que se encuentre: desde las etapas de indagación, investigación y el juicio de formulación de imputación hasta que se dicte sentencia. La primera de las garantías genéricas hace referencia al derecho que tiene el acusado de interponer una tutela judicial efectiva, garantizando así el libre acceso a la jurisdicción y al proceso en las instancias reconocidas, el derecho a tener una decisión fundada en derecho que ponga fin al proceso y el derecho a la ejecución (es decir, que la terminación del proceso sea materializada en la realidad).

La segunda garantía genérica se basa en el derecho al debido proceso, el cual hace referencia a:

- Cumplimiento del principio de non bis in ídem el cual se basa en la prohibición de juzgar por el mismo hecho a la persona ya indiciada. Es decir, cuando se trata de la misma persona, mismo hecho punible y mismo motivo de persecución.
- Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas evitando irregularidades temporales en el proceso que generen un estancamiento y propiciando a una evolución constante del mismo.
- Derecho a un juez basado en criterios imparciales, que decida y valore conforme a la ley, además, por supuesto, de que cuente con competencia para asumir el proceso.

Como tercera garantía genérica se identifica el derecho a la presunción de inocencia, que dictamina que todo indiciado se presume inocente hasta que no se demuestre lo contrario. Así mismo, se debe tratar como inocente en todas las etapas del proceso y así lo será frente al ordenamiento jurídico y la vida social mientras que no se haya comprobado la responsabilidad penal.

De ello se deriva que es imposible privársele de algún derecho mientras se encuentre procesado (ejemplo: puede concursar en un puesto de administración pública pese a que se encuentre abierto un proceso en su contra). Según la doctrina, esta presunción es de naturaleza *iuris tantum* (admite prueba en contrario).

Se deriva también el derecho a la defensa que tiene toda persona procesada (y se extiende a todos los participantes del proceso penal) para garantizar un juzgamiento en condiciones de igualdad que esté abierto a diversas posibilidades bajo el Art. 29 de la Constitución Política de

Colombia que reza: “*Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento*”. Este derecho reconoce a toda persona la oportunidad de ser escuchada, de hacer valer sus razones, argumentos, posiciones y reconociendo su capacidad de contradecir y objetar las pruebas presentadas en su contra. Logrando así impedir las arbitrariedades de los agentes estatales o particulares en pro de la justicia, evitando una condena injusta en la que no se tengan en cuenta las posiciones del afectado/procesado garantizando el derecho de contradicción.

A su vez también se debe aplicar el principio de irretroactividad de la norma penal desfavorable, es decir, si las nuevas normas son negativas para el acusado no se pueden aplicar cuando los hechos jurídicos se hayan presentado en el tiempo en el que dichas normas no se encontraban en vigencia ya que los efectos de la norma sólo operan a las conductas realizadas después de su promulgación.

El acusado no sólo tiene derechos durante el proceso, sino también con posteridad al mismo. Ejemplo de ello es la garantía procesal de alegar una nulidad en las pruebas obtenidas siempre y cuando éstas no sean acordes al debido proceso y lo vulneren. Ejemplo de ello es una prueba en su contra que es vital para dictaminar su culpa-

bilidad, pero se ha obtenido de forma ilícita, por mucha importancia que tenga dicha prueba para el proceso, no es posible tenerla en cuenta si no se consiguió conforme a la ley. Se debe excluir la prueba del proceso pues vulnera directamente los derechos y garantías del procesado.

Una de las actuaciones que puede realizar el procesado después de haberse dictado sentencia es ejercer su derecho a la impugnación de la sentencia condenatoria (igualmente hay lugar al recurso de casación contra sentencias de segunda instancia, art 180 CGP; a la acción de revisión art 192 CGP y a los recursos ordinarios de apelación y reposición art 176 CGP), haciendo eficaz la garantía de doble instancia. Este derecho y garantía se encuentran legitimados en los artículos 29 y 31 de la Constitución Política de Colombia. El derecho de impugnación otorga la facultad de controvertir la sentencia condenatoria proferida para que otro juez se encargue de hacer la valoración conforme a derecho.

La impugnación es un derecho subjetivo de rango y jerarquía constitucional en cabeza de las personas condenadas en un juicio penal, la doble instancia constituye una garantía que hace parte del debido proceso, y que puede ser alegada por cualquiera de los sujetos procesales; esta diferenciación tiene una repercusión importante, puesto que la Corte ha entendido que la doble instancia, por tener la condición de un principio general, puede ser exceptuado por vía legislativa; y como la impugnación no solo es un principio sino un derecho que hace parte integral del debido proceso, las excepciones al mismo se encuentran limitadas (Corte Constitucional, C-792/14).

Conclusiones

El estudio de caso expuesto en este artículo ofrece insumos al debate que no llega a su fin, de manera que se ahonde en las expectativas que en derecho se vienen dando en Colombia.

Ello, en la medida en la que la necesidad de valorar la *lex artis* de la conducta se encuentra presente al realizar una Imputación Objetiva de responsabilidad.

Junto a la valoración de la *lex artis*, se encuentra el análisis que se deriva de la posición de garante, las teorías de la *Causalidad* y la *Creación de Riesgos Jurídicamente Relevantes*, entre otros elementos que conforman integralmente la imputación de Responsabilidad Objetiva.

Se insiste, además, en que entre las garantías procesales específicas se encuentra

- el *Principio de Inmediación* (el juez se encuentra obligado a tomar una decisión con base a las pruebas encontradas y las derivadas en el juicio oral con inmediatez temporal),
- el *Principio de Publicidad* (dar conocimiento a las partes de los actos procesales) o
- el *derecho a las Audiencias a Puerta Cerrada* y el *Principio de Celeridad del Procedimiento* (de conformidad con la preclusión, eventualidad y concentración del procedimiento).

Se tratan de garantías que se deben tener en cuenta dentro del procedimiento en contra del acusado, sin limitarlas o vulnerarlas.

El funcionario de la salud que se encuentre acusado bajo el sistema penal colombiano tiene tanto derechos como garantías que le deben ser protegidos y aportados.

Se desconoce el Debido Proceso desde el momento en que se le imputa sin tener en cuenta los criterios objetivos de *Imputación de Responsabilidad* y omitiendo consigo, la doctrina y jurisprudencia que lo regula.

Es así como existen muchos casos en el país en los cuales se ha incurrido erróneamente en un juzgamiento precisamente por llevar a cabo el análisis del caso sin tener en cuenta la Teoría de la Imputación Objetiva.

Claus Roxin (2008) y Günther Jakobs (1997) se encargan de exponer lo que para ellos resulta

imprescindible al realizar un juicio, partiendo de los hechos, las pruebas y la ley, y constituyendo a su vez protocolos de actuación para que los jueces adecúen sus valoraciones a criterios muy determinantes al momento de atribuir una responsabilidad penal, sobre todo en el campo de la medicina.

Con la omisión de este procedimiento se estaría incurriendo directamente en la violación a las defensas del imputado, pues el juez está en el deber de fallar de acuerdo con la integralidad de la ley, y no solamente teniendo en cuenta los hechos que dieron lugar a la comisión de la conducta.

Es pertinente decir que la *responsabilidad médica* legal sólo es atribuible si se analizan y tienen en cuenta los siguientes elementos: Tipicidad, medios probatorios, infracción a los postulados de la *lex artis*, creación o elevación de un riesgo permitido que incida en la concreción de la conducta, resultado lesivo y jurídicamente desaprobado, nexo causal, posición de garante, omisión al deber objetivo de cuidado, creación de un riesgo no permitido, bien jurídico afectado, impericia-negligencia-imprudencia y hechos relevantes para la ley penal.

Además de que por supuesto se cumpla con el análisis respectivo de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Por tanto, la Imputación Objetiva es el medio idóneo para resolver integralmente una conducta aparentemente delictiva realizada por un médico bajo el ejercicio de sus funciones, siempre y cuando dicha conducta sea relevante para la ley penal.

Es esta Imputación Objetiva la clave para realizar un análisis jurídico adecuado mediante la adopción de diversos criterios normativos que permiten resolver en derecho si la conducta realmente se adecúa o no a la prohibición establecida por el legislador a través de las disposiciones; en manos de los jueces se encuentra su correcta aplicación en cada caso concreto para fallar integralmente en derecho.

Referencias Bibliográficas

- Álvarez, Í. (2000). Sobre el concepto de deber jurídico de Hans Kelsen. BFD: *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED* (16), 15-60.
- Amato, C., Fernández, M., & Castro, M. (2018). *Análisis comparativo de la responsabilidad médica en Italia y en Colombia* (Memorias del conversatorio del 31 de agosto de 2017 ed.). Bogotá, D.C., Colombia: Editorial Politécnico Gran Colombiano. Obtenido de <http://alejandria.poligran.edu.co:80/handle/10823/1112>
- Bernate-Ochoa, F. (2010). *Imputación Objetiva y responsabilidad penal médica*. Bogotá, D. C.: Editorial de la Universidad del Rosario.
- Dal, D. (2011). *Teoría de la Imputación Objetiva. Investigación para la evaluación final correspondiente a la VI Edición del Master Propio en Derecho Penal*. Andalucía (España): Universidad de Sevilla.
- Daza, A. (2017). *Autoría mediata en estructuras de poder organizado. Análisis de casos: Mapi-ripán y desaparecidos del Palacio de Justicia*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Franco, E. (1998). Elementos de responsabilidad penal médica. *Medicolegal*, pp. 4.
- Frisch, W. (1995). *Tipo penal e Imputación Objetiva*. Madrid, España: Colex.
- Jakobs, G. (1996). *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*. Buenos aires, Argentina: Ad-Hoc.
- Jakobs, G. (1997). *Estudios de Derecho Penal, (estudio preliminar de: Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá)*. Madrid: J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Cívitas.
- Jojoa, A. (2019). *Elementos del derecho médico (Doctoral dissertation)*. Santiago de Cali: Universidad Santiago de Cali. Obtenido de <https://repository.usc.edu.co/handle/20.500.12421/5081>
- Mendoza Anaya, J. (2011). Concurso entre el delito de prevaricato por acción y homicidio culposo desde la perspectiva de la teoría de la Imputación Objetiva. *Revista de Derecho* (24), 204-229.
- Montealegre, E. (1987). Culpa en la Actividad Médica: Imputación Objetiva y Deber de Cuidado. *Revista Chilena de Derecho*, 14, 259.
- Parra, D. (2014). *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa (Tesis Doctoral)*. Madrid, España: Universidad Carlos III.
- Recaséns, L. (1965). *Tratado general de filosofía del derecho*. México: Porrúa.
- Rojas-Quiñones, S., & Mojica-Restrepo, J. (2014). De la causalidad adecuada a la Imputación Objetiva en la responsabilidad civil colombiana. *Vniversitas*, 129, 187-235.
- Roxin, C. (2008). *Derecho penal, parte general— Tomo I*. (D. L. Peña, Trad.) Madrid: Civitas.
- Santos, D. (2016). *La responsabilidad penal en el gerenciamiento de establecimientos hospitalarios*. Bogotá, D. C.: Universidad Militar Nueva Granada.
- Valencia, C. (2013). La Imputación Objetiva en la responsabilidad penal médica. *Temas Socio-Jurídicos*, 32(65), 117-136.

Referencias Jurisprudenciales

- Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa. (07 de octubre de 1999) Sentencia 12655-1999. [Magistrado Ponente: María Elena Giraldo Gómez].
- Corte Constitucional (29 de octubre de 2014) Sentencia C-792/14. [Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (29 de junio de 2016) Sentencia SP8759-2016. [Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (29 de enero de 2014) Auto 42624-2014. [Magistrado Ponente: riesgos que asume el paciente y que son aceptados socialmente, siempre que el médico no haya incrementado el riesgo permitido en el ejercicio de su actividad del Rosario González Muñoz].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (28 de enero de 2009) Sentencia 32582-2009. [Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz]. Dal, D. (2011). *Teoría de la Imputación Objetiva. Investigación para la evaluación final*

correspondiente a la VI Edición del Master Propio en Derecho Penal. Andalucía (España): Universidad de Sevilla.

Referencias Normativas

Constitución Política de Colombia de 1991.

Congreso de Colombia, Ley 35 de 1929.

Congreso de Colombia, Ley 23 de 1984.

Congreso de Colombia, Ley 1164 de 2007.

Congreso de Colombia, Ley 734 de 2002.