

Aspectos introductorios a la responsabilidad penal médica por cirugías estéticas

Introductory aspects to medical criminal responsibility for cosmetic surgery

Luis Eduardo Martínez Gutiérrez*
Ingrid Lorena Parrado Leal**

Resumen

La responsabilidad penal por la práctica de la cirugía estética debe basarse en la violación del deber objetivo de cuidado cuya fuente principal o criterio de análisis deben ser los principios bioéticos. Usualmente esta se encuentra sometida a la ley en sentido amplio por lo que protocolos médicos o leyes ad hoc, entran a regular el caso en concreto como fuente de ese deber objetivo de cuidado. Esto da lugar a que no se respete la dinámica propia de la cirugía estética como acto médico no curativo, pero que en todo caso tiende a mejorar aspectos internos del paciente. Para el propósito se hace un análisis dogmático general que sienta las bases sobre las cuales la particularidad de la actividad médica tiene marcadas diferencias que deben hacerse explícitas para finalmente llegar a la conclusión planteada al inicio de este párrafo.

Palabras claves: Responsabilidad penal, cirugía estética, delito culposo, deber objetivo de cuidado, imputación objetiva, lex artis médica, principios bioéticos.

Abstract

The penal responsibility for the practice of cosmetic surgery should be based on the violation of the objective duty of care whose main source or analysis criteria must be the bioethical principles. Usually this is subject to the law in a broad sense so that medical protocols or ad hoc laws, come to regulate the particular case as a source of that objective duty of care. This results in not respecting the dynamics of cosmetic surgery as a non-curative medical act, but which in any case depends on internal aspects of the patient. For the purpose, a general dogmatic analysis is made that lays

* Ex decano facultad de ciencias jurídicas y del estado Universidad INCCA. Ex director de la revista derecho y sociedad Unincca. Docente de la Universidad Libre y de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. Magíster en derecho procesal. Correo electrónico: luise.martinezg@unilibre.edu.co

** Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en derecho penal. Docente derecho penal. Correo electrónico: abingridparrado@gmail.com

the basis on which the particularity of the *médical* activity has marked differences that must be made explicit to finally reach the conclusion raised at the beginning of this paragraph.

Key words: Criminal responsibility, cosmetic surgery, guilty crime, objective duty of care, objective imputation, *lex artis médica*, bioethical principles.

1. Aspectos introductorios

En Colombia no existen cifras oficiales sobre la cantidad de cirugías estéticas que se practican. Tampoco sobre la cantidad de quejas que se presentan disciplinariamente ni de la cantidad de denuncias por lesiones y homicidios. Como si fuera poco, la Rama Judicial no cuenta con estadísticas sobre condenas y absoluciones en la materia.

Lo anterior no puede ser impedimento para afirmar que la práctica de cirugía estética ha ido en aumento y que cada vez son más las quejas y denuncias que se presentan por malas prácticas médicas ya sea por resultados insatisfactorios, e inclusive por el no cumplimiento del resultado prometido por médico en la valoración, hasta la lesión, pérdida anatómica o funcional y en algunos casos la muerte.

Este artículo pretende centrarse en el análisis dogmático general de la responsabilidad penal por la práctica de la cirugía estética. La cirugía estética, como una categoría de acto médico,

tiene particularidades que ameritan un estudio separado. El deber objetivo de cuidado y las fuentes de las cuales emana deben ser analizadas a la luz de principios bioéticos que permitan hacer un análisis completo de la actividad médica, no reduciéndolo a la simple constatación de protocolos médicos o de leyes *artis ad hoc*.

Adicionalmente, en la cirugía estética los pacientes van en busca de alcanzar un ideal de belleza o de mejora netamente estética. Es decir, no se acude a la cirugía como un mecanismo para aliviar o curar la enfermedad, se acude para procurar un cambio de aspecto que se relaciona con criterios de belleza de índole social y colectivo. Esas pautas estéticas ponen de manifiesto un problema que pretende ser corregido por la intervención médica.

Si esto es así, es decir, que los pacientes acuden motivados por la obtención de una mejora estética, los criterios de valoración de infracción al deber objetivo de cuidado y en general, de la imputación objetiva de creación del riesgo, deben responder a valoraciones que se funden en el

acto médico en concreto, es decir, en la cirugía estética. Por tanto, la propuesta de este artículo es que ese análisis debe hacerse con base en principios de índole bioético.

Teniendo en cuenta lo anterior, este artículo empezará por hacer una breve introducción de algunos aspectos básicos del delito comisivo imprudente o culposo, posteriormente se analizarán los principios bioéticos que se consideran relevantes para la materia. Finalmente se concretará y justificará la necesidad de considerar la *lex artis* bajo los postulados de cuatro principios bioéticos.

Por último, este artículo va dirigido a estudiantes y profesionales de la salud por lo que su redacción pretende ser sencilla para quienes piensen introducirse en el estudio de la materia penal médica. Así las cosas, no se pretende abordar con profundidad más allá de la necesaria, algunos de los temas analizados.

Un análisis dogmático general de la actividad médica en su especialidad de cirugía estética requiere partir de los presupuestos de toda conducta, es decir, de su relevancia penal, de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Así lo establece nuestro Código Penal –artículo noveno– así lo hace la jurisprudencia y evidentemente la doctrina ya que en un Estado Social

de Derecho, no podría ser de otra manera.

Siguiendo a Velázquez (2017), se debe partir por evaluar la conducta. Esto responde a la idea de que el Derecho Penal solo puede ser utilizado para garantizar, por medio de la protección de los bienes jurídicos más relevantes, la vida en sociedad. Si es así, no toda conducta es relevante ni merece ser reprochada penalmente.

Ahora bien, en la mayoría de manuales de derecho penal se habla de acción como el presupuesto de la teoría del delito, es equivalente a la conducta en el tratado de Velásquez, no obstante, creemos que hablar de conducta es más específico y tiene mayor asidero en nuestro derecho positivo por lo que se partirá de esta concepción como la base o sujeto del cual se predicen los adjetivos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Para Velásquez, antes del análisis de tipicidad se debe evaluar si la conducta responde a una acción humana; de plano se excluyen conductas relacionadas con animales y con personas jurídicas. Igualmente, la conducta, como comportamiento humano tiene una entidad en el mundo real, por lo que pensamientos, actitudes y formas de ser no pueden ser penadas. Situación similar ocurre con los movimientos o actos reflejos, los

estados de plena inconsciencia, los eventos de fuerza irresistible y caso fortuito, en los cuales no media, siquiera en una pequeña proporción la voluntad del sujeto.

En concreto, autores como Roxin (2008) y Zulgadía (2019) es la acción el presupuesto de tipicidad, sin embargo, los mismos supuestos de exclusión son contemplados, es decir, los actos de animales, pensamientos, actitudes, emociones, formas de ser, eventos como el caso fortuito y la fuerza mayor.

Respecto de los anteriores supuestos, solo se hará referencia al caso fortuito ya que puede tener ocurrencia en la actividad médica. Algunas veces, la misma dinámica del ser humano y una inmensidad de variables biológicas y químicas hacen que estemos en presencia de sucesos que son imprevisibles e inevitables para la actividad médica. Inclusive, en actos médicos que no parten de una enfermedad como sería el caso de la cirugía estética.

Por esta razón se debe hacer énfasis en el caso fortuito como una causal propia de la conducta del médico que practica una cirugía estética. Así las cosas, El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, definió el caso fortuito de la siguiente manera:

El caso fortuito es el hecho imprevisible e inevitable o imposible de resistir. Sucede con independencia de la decisión humana, la persona se encuentra inmersa en una situación que por lo imprevisible o irresistible escapa a su control o dominio. El caso fortuito produce efectos jurídicos cuando determina el comportamiento del hombre o interactúa con el ser humano para producir un resultado que incumbe al derecho (Auto Interlocutorio, 2009).

Dicho de otro modo, el caso fortuito se presenta en la realidad como un hecho que no puede ser previsto. Siendo así es imposible de resistir porque su ocurrencia se dará conforme las leyes naturales. Por ejemplo, la manzana que es arrojada, inexorablemente caerá. Este caso fortuito tiene efectos jurídicos cuando concurre con la conducta humana, sea, determinándola o llevándola a un resultado castigado o reprochado.

Este concepto, tiene elementos imprescindibles para su concreción, que ha desarrollado con detenimiento la jurisdicción civil, al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, ha decantado que son, al igual que los referidos por la Sala Penal en la anterior cita, dos: la imprevisibilidad y la irresistibilidad, en su tenor literal, dijo:

..., se tiene que según el artículo 1 de la Ley 95 de 1890, la fuerza mayor o caso fortuito se configura por la concurrencia de dos factores:

a) Que el hecho sea imprevisible, esto es, que dentro de las circunstancias normales de la vida, no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia. Por el contrario, si el hecho razonablemente hubiera podido preverse, por ser un acontecimiento normal o de ocurrencia tal hecho no estructura el elemento imprevisible, y b) que el hecho sea irresistible, o sea, que el agente no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias. (Sentencia Casación, 1989).

Hay algunas situaciones dentro de la actividad médica que se encuadran perfectamente al caso fortuito, es decir, hechos que no son previsibles por el médico en el momento del acto médico de diagnóstico, el cual se da en la consulta inicial y en los posteriores exámenes diagnósticos, siempre que haya lugar a ellos. En otras palabras, no puede ser ajeno el acto médico a hechos que sean imprevisibles e irresistibles.

El acto médico puede definirse como la forma por medio de la cual el médico ejerce todo su saber para curar o procurar bienestar al paciente. Para esto se vale de una relación espe-

cial entre el médico y el paciente. Esta relación es asimétrica debido al conocimiento con que cuenta el médico y a la presunta ignorancia del paciente respecto de los conocimientos médicos. Es por esto que el consentimiento informado juega un papel trascendental tratándose de la cirugía estética.

El aspecto clave entonces es que el acto médico puede verse rodeado por hechos que no son previsibles aun con el conocimiento técnico, ético y científico que poseen, no siendo previsibles, son irresistibles, y por tanto acaecerán, pese a que el médico ponga toda su pericia y conocimientos en tratar de evitar el daño del bien jurídico vida e integridad personal.

No se podría limitar las hipótesis en las cuales el médico puede verse incurso en un caso fortuito¹. No obstante, eventos en los que se constaten las características de este instituto jurídico por la falta de comportamiento humano reprochable penalmente por la irresistibilidad e imprevisibilidad del resultado, debe procederse a excluir toda investigación penal. Un ejemplo controversial es el caso de las bacterias, también el de enfermedades raras que desembocan en la

¹ Esta sola afirmación puede ser abordada en un artículo de investigación aparte debido a la cantidad de casos que se pueden presentar.

muerte o lesión del paciente, debido a su extrañeza podrán tenerse como un caso fortuito.

Se debe aclarar que la falta de comportamiento humano no quiere decir que el médico no intervenga, sino que su intervención no es la condición que lleva al resultado lesivo. En otras palabras, cuando el médico perfora la pared abdominal para extraer los depósitos de grasa, evidentemente es un comportamiento, lo que ocurre es que, el desencadenante del resultado (muerte, lesiones, etc.) es dado por un proceso orgánico irresistible e imprevisible, como podría ser una enfermedad hemática de base de imposible previsión por parte del médico.

En efecto, hay enfermedades que son asintomáticas, o que popularmente se les denomina raras, para significar como su ocurrencia es imprevisible. En este caso, la pregunta obvia es: ¿son realmente imprevisibles? Como quedó expuesto, lo imprevisible guarda relación con la imposibilidad por anticipado de saber su ocurrencia. Podría el médico, en el caso concreto, saber la ocurrencia de determinada enfermedad o efecto adverso. Si estaba en posibilidad de hacerlo, se descarta por completo la ocurrencia del caso fortuito, pero si estaba en imposibilidad de preverla se deberá pasar al siguiente nivel de análisis, la irresistibilidad.

Las enfermedades raras son aquellas en las que su ocurrencia es poco probable. La doctrina médica dice que: “son un grupo heterogéneo de enfermedades con baja frecuencia, que afecta a 1 de cada 2.000 personas. Hay cerca de 7.000 patologías, el 80 % sería de origen genético. La mayoría son poco conocidas por el personal de salud lo que origina errores y dificultades en el diagnóstico” (Castillo, 2015, p. 148).

De hacer un análisis de las bacterias, el médico estaría en posibilidad de advertir que se puede contraer la E coli, ya que esta se encuentra en los intestinos de personas y animales (Mayo Clinic, 2019) así que, si el paciente contrae la bacteria, y el médico no tomó las respectivas medidas de salvamento, como lo sería el manejo antibiótico, será responsable penalmente de llegar a presentar una vulneración de la vida e integridad personal como bien jurídico tutelado.

El por qué de esto es sencillo, en la doctrina médica en los procedimientos quirúrgicos hay riesgos de contraer bacterias, desde la incisión quirúrgica de traspaso de la piel, hasta la manipulación más profunda pueden acarrear este tipo de peligros para la salud (Pouya & Karam, 2013). Así las cosas, se toman medidas de tipo sanitario, que de llegar a fallar no podrían atribuírsele al médico. Lo

importante es que el médico prevenga la complicación o dar el tratamiento adecuado.

Bajo este pensamiento, en el que el resultado no puede ser consecuencia de ningún actuar imprudente, Cuello, está de acuerdo al afirmar que solo las conductas que se desplieguen con el cuidado debido son las que pueden ser susceptibles de calificarse como caso fortuito (Teoría de la Culpabilidad frente al Concepto de Delito, 1986). Es por esta razón que el médico no puede excusarse en patologías de base o en algún tipo de bacteria porque en todo caso su conducta debe estar adecuada al ordenamiento jurídico. En otras palabras, ha de llevar a cabo toda su pericia en evitar el resultado.

Cuestión diferente ocurre con las bacterias que son consideradas raras y cuya adquisición es indeterminada o no concreta, un ejemplo de esto es la *Staphylococcus Aureus*, o el llamado virus come carne, también algunas variaciones quirúrgicas de la E Coli, o de las denominadas Super Bacterias. Este tipo de microorganismo, aunque es usual que esté presente en algunos ambientes, no es usual, por ejemplo, que se encuentre en un quirófano. Ante el hecho de adquirir la bacteria y el médico no haber dado un manejo antibiótico que lleve por ejemplo a la amputación de un miembro, el médico no podría ser penalmente responsable

por lesiones personales por concurrir un caso fortuito.

También puede ocurrir que la bacteria se adquiriera antes del procedimiento quirúrgico y que realmente el paciente ingrese y salga del quirófano ya con la patología que deteriora su salud. En este caso, si luego de realizada la intervención quirúrgica el paciente sufre la muerte o alguna lesión física, esta, no será una conducta penalmente relevante y el médico no tendría que responder por ningún tipo de delito.

En otras palabras, la conducta que reviste las características del caso fortuito nunca podrá ser relevante para el derecho penal. En el ámbito de la cirugía estética, aunque es perfectamente predicable el tema de las bacterias, es usual que el asunto gire en torno a las denominadas patologías de base, o enfermedades raras. En la doctrina médica se suelen denominar como complicaciones.

Acá el análisis girará en torno a si el médico podía prever que el paciente iba a contraer la bacteria, o si podía prever que iba a sufrir alguna complicación. Se puede pensar en él o la paciente de 60 años que se somete a una liposucción y que muere durante la intervención por una alteración cardiaca. El médico podría excusarse en que este tipo de afecciones no

tuvieron relación con la intervención quirúrgica, no obstante, es previsible que a esa edad se puedan presentar este tipo de reacciones, de hecho, en algunos protocolos médicos se advierte sobre la necesidad de un diagnóstico que esté acompañado de una serie de exámenes. Por tanto, en este ejemplo el médico no podría estar en presencia de un caso fortuito.

Por el contrario, si practicados los exámenes, y siendo estos interpretados de manera positiva para la cirugía por el médico anesthesiólogo, no obstante la edad del o la paciente, de presentarse, por ejemplo un paro cardiaco, pensaríamos que existe un caso fortuito y que el médico no podía preverlo, y en consecuencia le es irresistible si puso toda su pericia para evitar el resultado dañino.

Finalmente, se debe precisar que este segundo escalón del caso fortuito, la irresistibilidad, guarda relación con el acaecimiento de todas maneras del resultado. En otras palabras, con o sin la intervención del médico, la muerte o las lesiones se hubieren producido. Esto de ninguna manera hace que el médico no tenga que, una vez ocurrido el hecho irresistible, como sería el caso de corroborar que el o la paciente contrajo la bacteria, el médico no inicie el respectivo tratamiento tratando de salvar la vida o la integridad física del paciente.

Hasta acá se puede resumir que la conducta que es relevante para el derecho penal, puede ser activa u omisiva, debe provenir del ser humano y responder al despliegue de su voluntad, por esto, en el caso fortuito, en el que los hechos que desencadenan un resultado lesivo son imprevisibles e irresistibles no podrá llegar a hablar de responsabilidad penal. Es preciso advertir que en materia procesal la consecuencia será que el fiscal puede archivar las diligencias en el mismo momento de contar con la noticia criminal.

Una vez se tiene certeza sobre la relevancia de la conducta para el derecho penal se debe analizar si el resultado generado es reprochado por el ordenamiento jurídico, esto corresponde al análisis de tipicidad. Es decir, si ese resultado encuentra en la ley penal y sus normas complementarias, una regulación y una sanción. Por ejemplo, si se causó la muerte con la conducta, es claro que el artículo 103 del Código Penal lo castiga con una pena de veinte años de cárcel. Igual ocurre en el caso de lesionar, el ordenamiento jurídico regula y sanciona esta conducta.

Dentro de ese análisis de tipicidad como quiera que se examina la conducta, se hace una división entre una parte objetiva y otra subjetiva. La parte objetiva corresponde con

la descripción objetivo normativa hecha por la disposición normativa respecto de la conducta desplegada y el resultado. En este nivel se analizan, en primer lugar, los sujetos, se habla del sujeto activo y pasivo.

Respecto del sujeto activo de las conductas referentes a la actividad médica, debe tenerse claro que solo es el Médico quien tiene la aptitud para llegar a ser sujeto activo de la conducta. Los conocimientos científicos y éticos que caracterizan el trato con el ser humano, requieren, entre otras cosas, la obtención de un título académico y una práctica certificada que culmina con la expedición de una licencia para el ejercicio de la medicina.

De acuerdo con el artículo segundo de la ley 14 de 1962 (Congreso Nacional de la República de Colombia), se requiere obtener el título de médico cirujano de alguna Universidad acreditada por el Gobierno Nacional, adicionalmente, una serie de requisitos, como la práctica médica de un año, que deberá certificarse ante el Ministerio de Salud y Protección Social, para la expedición de una tarjeta profesional que permita el ejercicio de la actividad médica.

Lo anterior fue ratificado en la ley 1164 de 2007 (Congreso Nacional de la República de Colombia, 2007),

la cual en su artículo 18, estableció de manera general para todas las profesiones relacionadas con el servicio de salud tres requisitos para poder ejercer la profesión, y algunas carreras técnicas y tecnológicas: el título otorgado por una Universidad acreditada, la prestación de un servicio social y la obtención del Registro Único Nacional del Talento Humano en Salud –ReTHUS– que culmina con la obtención de una tarjeta profesional para prestar el servicio de salud a que haga referencia.

En lo que toca a la cirugía, pueden llevar a cabo este acto médico quienes reúnan los requerimientos del artículo 18, es decir, sean reconocidos profesionalmente como médicos y cuenten con la tarjeta profesional vigente. Respecto de la cirugía estética en particular, no existe resolución en donde se especifique que especialización o conocimientos se requieren para llevarla a cabo. Es así como no existe la necesidad de un requisito habilitante como una especialización en cirugía estética otorgada por una Universidad Colombiana o de otro país con algún tipo de procedimiento de convalidación.

No obstante lo anterior, existen disposiciones reglamentarias de habilitación de prestadores de servicios de salud, en los cuales se mencionan algunos requisitos habilitantes para

poder llevar a cabo procedimientos mayores, como lo sería una cirugía estética, así lo refieren los numerales siete y veintinueve de la Resolución 2003 de 2014. Se debe aclarar que estos hacen referencia a la institución prestadora, mas no al médico o a su calificación como profesional especializado.

Por su parte, la actividad médica es:

“La aplicación de medios y conocimientos para el examen, diagnóstico, prevención, tratamiento y curación de las enfermedades” (Congreso Nacional de la República de Colombia, 1962, p. 1). Por esta razón, el derecho penal médico tiene dos elementos esenciales, un sujeto activo que será el médico y un objeto de estudio que es la actividad médica. Aunque puede sonar obvio, lo cierto es que en Colombia pululan sujetos que sin ser médicos practican o ejercen actos de supuesta curación, desde los denominados chamanes, pastores, curanderos, hasta estafadores, todos ellos, sin ser médicos llevan a cabo actos de diagnóstico e intervenciones que ponen en peligro la vida e integridad de los pacientes y desacreditan la relación médico paciente (Guzman Mora).

En el caso de sobrevenir la muerte por una acción desplegada por un

sujeto diferente al médico buscando curar o solapado en la actividad médica, evidentemente habrá responsabilidad penal, pero no se seguirán los criterios propios de la actividad médica, inclusive su conducta puede analizarse desde una óptica de dolo que excluye un ejercicio acorde con los principios bioéticos de la medicina como profesión y ciencia cuyo objeto es el hombre.

Ahora bien, se debe concluir que en Colombia en el campo de la cirugía estética, no existe una exigencia legal sobre los conocimientos que debe tener quien pretenda practicar un acto quirúrgico de este tipo. No obstante, el mínimo, tal como quedó explicado debe ser el contar con un título profesional en medicina que lo faculte para llevarla a cabo.

Por otro lado, el sujeto pasivo de la acción es el titular del bien jurídico que en la actividad médica no puede ser otro que el paciente. El paciente es el sujeto de una relación especial en la cual tiene una posición de desconocimiento respecto a la materia médica. Por esta razón el paciente siempre ha de tenerse como un sujeto que carece de los conocimientos científicos específicos. Por lo demás, se debe precisar que en materia de cirugía estética, es usual que medie un contrato en virtud del cual el sujeto pasivo se compromete a pagar por

un servicio, por tanto solo sería este el susceptible de llegar a ser sujeto pasivo de este tipo de delitos.

Siguiendo con el análisis, en segundo lugar, dentro de la descripción objetivo-normativa se hace referencia a una acción. Tratándose del delito imprudente la acción no está descrita en la norma, por ejemplo, el homicidio culposo descrito en el artículo 109 del Código Penal se limita a decir el que por culpa matare a otro. Las acciones que pueden conducir al resultado no están descritas en la norma y pueden ser diversas. Por esta razón, comete homicidio culposo quien conduciendo a exceso de velocidad atropella al peatón, o el médico que sin tener el conocimiento requerido practica una cirugía que termina ocasionando la muerte del paciente.

Conviene subrayar que partiendo de la actividad médica la acción consistirá en la práctica de un acto médico, cualquiera que sea del que se hable. El acto médico parte de la relación médico-paciente y busca mediante la práctica de procedimientos curar o procurar bienestar al paciente quien acude motivado por ello (Mora). El acto médico abarca desde el diagnóstico hasta el tratamiento dado por el médico el cual puede incluir la práctica de algún tipo de cirugía dependiendo de la patología que se pretenda curar.

Lo anterior quiere decir que, si el médico receta un medicamento que, violando los deberes objetivos de cuidado, no debió haber dado, y con ello ocasiona la muerte, se está en presencia de una acción susceptible de reproche penal. Un ejemplo recurrente es el caso de la formulación de antibióticos, estos algunas veces generan el efecto contrario, y en algunos casos puede llegar a dar con la muerte o con la pérdida de algún órgano como los riñones.

Ahora bien, dentro de la cirugía pueden existir diversas clasificaciones, siendo importante resaltar, entre otras, aquella que las divide en cirugía mayor, cuyo rasgo principal es la necesidad de anestesia general, lo que implica un riesgo elevado de la salud del paciente y la cirugía menor, en la cual el riesgo disminuye por la utilización de anestesia local. Estos dos tipos de cirugías pueden requerir hospitalización o pueden ser ambulatorias (Arias, Aller, Arias, & Lorente, 2001).

Descendiendo al punto de este artículo existe otra clasificación, y es la que responde al tipo de órgano que es objeto de intervención, así la cirugía general corresponde al aparato gastrointestinal, la cirugía cardiaca al tórax y corazón principalmente, el de la cirugía plástica, la que a su vez se puede subdividir en

dos modalidades de intervención: la reconstructiva y la estética (Tribunal Nacional de Ética Médica, 2015).

La cirugía plástica es una especialidad de la medicina que: *“tiene el objetivo de reparar las deformidades, corregir los defectos funcionales y alcanzar la perfección estética desde la perspectiva de los requerimientos y necesidades generacionales”* (Anestesia en cirugía plástica y reconstructiva, 2007). Este es el concepto general del cual se descende hasta llegar a la cirugía estética, en la cual, se busca el embellecimiento, un cambio de apariencia inmediato, sin ningún otro objetivo.

El fin de la cirugía plástica como fue concebida posteriormente a la primera guerra mundial fue el de: *“...reparar las deformidades, corregir los defectos funcionales y alcanzar la perfección estética desde la perspectiva de los requerimientos y necesidades generacionales”* (Anestesia en cirugía plástica y reconstructiva, 2007). Lejos de este objetivo, hoy en día la cirugía plástica en su modalidad estética solo busca una mejora estética no para lograr corrección sino una especie de perfección sobre el cuerpo que es delineada por lo social, por lo económico, inclusive por los medios de comunicación masiva, o en términos generales lo que se denomina la cultura de la cirugía estética (Elliott, 2011).

La cirugía estética busca el embellecimiento sin ningún otro fin funcional o de mejoría de las condiciones del paciente, de hecho el numeral séptimo del artículo octavo de la Resolución 6408 de 2016, la define así: *“procedimiento quirúrgico que se realiza con el fin de mejorar o modificar la apariencia o el aspecto del paciente sin efectos funcionales u orgánicos”* (Ministerio de Salud y Protección Social, 2016).

Lo anterior permite afirmar que el acto médico de cirugía estética es la acción que lleva a cabo el médico en donde persigue un fin de embellecimiento por medio de la modificación de la apariencia del paciente. Esta es la acción que puede convertirse en una muerte o en unas lesiones. Pero, se repite, el médico y su acción no persiguen ese resultado, por tanto, el derecho sanciona llevar a cabo de forma inadecuada, es lo mismo que decir que la acción se llevó a cabo violando el deber objetivo de cuidado. Esto se abordará con detenimiento posteriormente.

En tercer lugar, se requiere en el análisis de la tipicidad un resultado material o verificable. Esto quiere decir que en el delito culposo no basta con llevar a cabo una acción imprudente, sino que se requiere que se produzca un resultado o modificación del mundo exterior. Volviendo al homicidio culposo debe verificarse la muerte.

En palabras de Muñoz Conde: “*las conductas imprudentes sólo se castigan en la medida en que producen determinados resultados. El desvalor de la acción (la conducta imprudente) no es, por sí, suficiente para determinar una sanción penal, sino que es preciso, además, que se conecte con el desvalor del resultado*” (Derecho Penal. Parte General, 2015).

En cuarto lugar y ligado al anterior se requiere una relación de causalidad entre la acción imprudente y el resultado. El derecho penal se ha valido a lo largo de la historia de varias teorías, desde teorías causales como la equivalencia de las condiciones, hasta teorías normativas como la teoría de la Imputación objetiva. Esta última es la utilizada por la doctrina mayoritaria y por la jurisprudencia nacional a partir de los aportes del funcionalismo de Gunter Jackobs y especialmente de Claus Roxin.

De la imputación objetiva en materia médica solo se mencionarán dos cuestiones. La primera tiene que ver con los casos de disminución del riesgo y la segunda con la exclusión de la imputación por la falta de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Aunque pueden existir otras situaciones que ameriten un estudio, creemos que solo resulta pertinente abordar brevemente estas dos problemáticas bajo la óptica de la cirugía estética.

Respecto de los casos de disminución del riesgo tienen lugar cuando el médico disminuye el peligro al que se encuentra expuesto el bien jurídico vida o integridad personal. En otras palabras, es la conducta que mejora la situación inicial del bien jurídico (López, 1996). Cuando esto ocurre no hay lugar a imputar jurídicamente el resultado lesivo de llegar a presentarse. Por ejemplo: una paciente en una cirugía de extracción de biopolímeros en donde debido al deterioro de su estado de salud sobreviene la muerte, esta no le es imputable jurídicamente.

Por otro lado, la exclusión de la imputación objetiva por la falta de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado consiste en que la sociedad tolera ciertos peligros para los bienes jurídicos. Siendo esta la denominada sociedad de riesgos, pensar la vida en comunidad sin ellos sería imposible. Entonces hay riesgos que la sociedad debe permitirse para poder avanzar. En materia de cirugía estética, cabe preguntarse cuál es el riesgo que socialmente la sociedad puede considerar adecuado socialmente.

Es evidente que este tema debe abordarse con mayor profundidad, no obstante, habrá lugar a la exclusión de la imputación objetiva cuando el médico con la práctica de la cirugía estética no sobrepasa el límite social y por tanto el peligro creado no es

relevante penalmente. Esto parte de la base de que el médico ejerce una actividad que no se desliga de lo socialmente permitido o adecuado. Por ejemplo, no podría imputarse al médico delito alguno por hacer implantes mamarios a un hombre, ya que es una conducta socialmente permitida.

En este mismo sentido, debe establecerse una diferencia con el criterio de riesgo permitido en el cual el médico si ha creado un riesgo penalmente relevante, sin embargo ese riesgo es permitido. En el caso de una mujer que ha decidido voluntariamente hacerse un implante mamario de una talla superior a la que su contextura física puede resistir, no le sería imputable un delito de lesiones personales al médico ya que el riesgo, no obstante tener relevancia penal por ocasionar una lesión en su espalda, este riesgo lo permite el derecho penal y por tanto no será imputable objetivamente ese resultado.

Continuando con el análisis, en quinto lugar, se requiere la denominada violación a un deber objetivo de cuidado. Retomando lo dicho cuando se habló de la acción, tratándose de delitos imprudentes, la acción no se encuentra descrita en el tipo penal ya que lo relevante es que esa acción fue llevada a cabo violando un deber objetivo de cuidado. Entonces hay

diversas maneras en las cuales se puede llevar a cabo la acción dependiendo de la actividad que se trate y del resultado.

Lo que se reprocha penalmente es el resultado lesivo por violar un deber que el ordenamiento jurídico consideró como debido y que debía observar el sujeto. Ese deber objetivo de cuidado puede ser entendido como un parámetro de comportamiento prudente o debido.

Ahora bien, en términos generales para atribuir un resultado a un sujeto, el derecho penal se vale de la teoría de la imputación al tipo objetivo de Claus Roxín (2008), con algunas particularidades de nuestra jurisprudencia, que serán puestas de presente en su momento. Esta herramienta permite hacer la atribución jurídica del resultado por medio de una lista de chequeo que se basa en el análisis del riesgo creado por el autor con su conducta y que se materializó en el resultado dañoso al bien jurídico.

Es preciso aclarar que, autores como Roxín, afirman que basta con verificar los requisitos de la imputación objetiva para dar por acreditada la tipicidad en los delitos comisivos dolosos. Si esto fuere así no se hablaría de violación al deber objetivo de cuidado como requisito del delito imprudente, este sería remplazada

por el juicio de imputación objetiva. No obstante, como quedó visto, nuestro código penal exige la violación al deber objetivo de cuidado y la previsibilidad de forma expresa.

Por otro lado, en la parte subjetiva² se pueden identificar dos aspectos, uno volitivo y otro cognoscitivo. El volitivo tiene que ver con la voluntad del autor de llevar a cabo la acción. De nuevo se debe dejar claro que la acción del autor no va enfocada a la obtención del resultado cuando se habla del delito imprudente, esto es, cuando el médico hace la cirugía su finalidad no es matar al paciente, pero, de ocasionar la muerte por una acción imprudente, responderá por homicidio culposo.

Respecto del elemento cognoscitivo este guarda relación con la posibilidad de conocimiento del riesgo y su previsibilidad de realización. Así se distingue dos clases de culpa, la culpa con representación o consciente y la culpa sin representación o inconsciente. La primera de estas se da cuando el médico se representa el resultado lesivo que puede llegar a ocurrir, por ejemplo la muerte o la

lesión, pero, confía imprudentemente en poder evitarlo.

Si el médico decide hacer una cirugía de implante de glúteos a una paciente con anemia, y partiendo de la base que la enfermedad implica deficiencia de glóbulos rojos, prevé que puede llegar a existir sangrado, pero, confía en que agregando dos unidades de sangre antes de la intervención, evitará cualquier resultado lesivo, de llegarse a presentar la muerte o algún tipo de lesión, este respondería por un delito culposo con representación. El médico sabía que podía morir la paciente, sin embargo confió en poder evitar el resultado.

Ahora bien, en la culpa sin representación o inconsciente el médico estaba en capacidad de prever lo que podía ocurrir, pero no lo hizo. Es decir, no se representó lo que podría llegar a pasar con el despliegue de su conducta y por tanto el resultado lesivo se presenta como una consecuencia directa de su falta de previsión del suceso que era previsible. Un ejemplo sería el caso del médico que practica una cirugía de liposucción sin hacer los exámenes diagnósticos que le hubieren permitido saber de la anemia de la paciente. Debía el médico prever que la paciente podría tener anemia por algunas señales externas de tal condición, pero en últimas, al no hacer los exámenes diagnósticos

² Actualmente se discute si en los delitos imprudentes existe una parte subjetiva, no obstante por fines académicos se abordará como lo trae Velázquez en su Manual ya citado en este texto.

y sobrevenir la muerte, este sería responsable por homicidio a título de culpa sin representación.

Finalmente, verificados estos elementos se puede predicar la tipicidad de la conducta. De faltar alguno de ellos, la conducta será atípica o se estará en presencia de un error de tipo. El error de tipo es una falsa percepción del autor de alguno de los elementos de su conducta que concurren en el tipo.

Los siguientes análisis de la dogmática consisten en la antijuridicidad y la culpabilidad. La antijuridicidad de la conducta implica constatar que se vulneró o se puso en peligro un bien jurídico tutelado sin que concurra ninguna causal de justificación en el ordenamiento jurídico. Y la culpabilidad es un juicio de reproche que recae sobre el autor porque, habiendo estado en capacidad de comprender y dirigir su actuar, llevó a cabo una conducta contraria al derecho.

De lo anterior habría mucho que decir en materia de cirugía estética, sin embargo, no es el objeto del presente artículo por lo que se pasará a profundizar sobre el delito imprudente y sus principales elementos para posteriormente abordar la bioética y sus principios como fuentes del deber objetivo de cuidado.

2. El delito comisivo imprudente

El delito comisivo culposo o imprudente es aquel en el que el sujeto agente no quiere la realización del tipo penal, no obstante, la acción o conducta desplegada violó el deber objetivo de cuidado generando un resultado valorado negativamente por el ordenamiento jurídico; adicionalmente, el autor debió haberlo previsto y confiado en poder evitarlo o no habiéndolo previsto debió haberlo hecho.

En otras palabras, comete un delito culposo quien lleva a cabo una acción que viola un deber objetivo de cuidado y que debió preverse el resultado porque era previsible, o habiéndose previsto el resultado, se confió en poder evitarlo. Así pues, el médico que practicando una cirugía de liposucción perfora un órgano y ocasiona la muerte, estará cometiendo un delito imprudente si: con su conducta violó un deber objetivo de cuidado y si su conducta era previsible y en tal caso pudo haberla evitado o, en caso de no haberla previsto debió haberlo hecho.

Esta definición dogmática del delito comisivo culposo es la que fue recogida por nuestro legislador –Artículo 23, ley 599 de 2000. Código Penal– y tiene dos elementos que deben satisfacerse con la conducta:

El primero de ellos es la infracción o violación al deber objetivo de cuidado. Y el segundo tiene que ver con la previsibilidad del resultado o con la posibilidad de previsibilidad de este. Estos elementos se desarrollarán por separado debido a la utilidad y profundidad para el artículo.

3. Infracción o violación al deber objetivo de cuidado

En primer lugar, en el delito culposo ha de precisarse la violación de un deber objetivo de cuidado. Acá el autor lleva a cabo una actividad de manera contraria al ordenamiento jurídico que termina creando un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico que terminó concretándose en una lesión o puesta en peligro. La posición del presente artículo es que para concretar la violación o no violación del deber objetivo de cuidado en la actividad médica en general y en la realización de la cirugía estética en especial, se debe acudir a los principios bioéticos como complemento de la *lex artis*.

Uno de los elementos centrales es que el deber objetivo de cuidado se establece como un parámetro de comportamiento que debió observar cualquier individuo puesto en el lugar del autor. Cualquier médico en esas mismas condiciones hubiese

actuado de la manera en que lo hizo el médico en su momento. Si el actuar se adecuó a ese parámetro social se debe concluir que la conducta no violó el deber objetivo de cuidado, por el contrario, si comparado el actuar del médico con el de cualquier otro médico puesto en esa situación, fue diferente, se concluye que la conducta violó el deber objetivo de cuidado.

El deber objetivo de cuidado es entonces el “cuidado exigido en la vida social para la realización de la conducta peligrosa de que se trate... Es el deber objetivo de cuidado individualizado conforme a las circunstancias del caso concreto y a los acontecimientos, previsibilidad y capacidades del sujeto en cuestión” (De Vicente Martínez, 2018).

Es de resaltar que este concepto parte de analizar las circunstancias del caso concreto y de las capacidades del sujeto en cuestión³. Esto permite afirmar que el deber objetivo de cuidado no es un parámetro estático o rígido. Todo lo contrario, es dinámico y esto implica que actualizarse conforme las circunstancias específicas y las características del sujeto o autor de la conducta que se analiza. Es por

³ Al tomar en cuenta las capacidades del autor de toma postura por las denominadas teorías individualizadoras, en las cuales se debe mirar los conocimientos y capacidades del sujeto.

esto que, los principios bioéticos son una forma en la que se permite un despliegue de análisis más profundo sobre los conocimientos actuales y potenciales del médico.

Al llegar a este punto se debe determinar cuál es la fuente de ese deber objetivo de cuidado en materia médica. La respuesta es bastante sencilla y se encuentra en todos los manuales, se habla de la *lex artis*⁴. Esta puede ser definida como:

...aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y de la trascendencia vital del actor y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos y exógenos para calificar dicho acto conforme o no con la técnica normal requerida. (Gómez Rivero, Blanca, & Such Martínez, 2013).

La idea principal de la cita es que la *lex artis* es un criterio de valoración de la conducta del médico en un contexto específico. Es una ley de su ciencia que le dice cómo debe actuar

ante determinada situación. Es un hacer prescrito por una ley propia del arte de la medicina o una regla que según el conocimiento médico y la técnica debe hacerse en ese contexto. Esos criterios han sido plasmados en los llamados protocolos médicos, los cuales son unos indicativos para el médico de que debe hacer ante un síntoma, una enfermedad, etc.

Los protocolos médicos incorporan pautas para que los profesionales de la salud actúen en determinado contexto de una forma predeterminada. La postura de este artículo es que la *lex artis* debe ser complementada no solamente por estos protocolos escritos con la calma de la redacción y con las comodidades propias de quienes pueden contar con la infraestructura y el tiempo para ello, sino que la *lex artis* solo puede ser entendida desde los principios bioéticos que rigen la actividad médica, ya que, como quedó esbozado, el principio es cambiante y por tanto se adecua a la dinámica que es propia de la medicina.

Lo anterior se basa en dos argumentos. El primero de ellos tiene que ver con que la medicina es una ciencia cuyo objeto de estudio es el hombre. La medicina busca la preservación de la especie humana. El Tribunal Nacional de Ética Médica, en su Gaceta jurisprudencial de julio de 2018, sobre la medicina, la definió como

⁴ Las fuentes del deber objetivo de cuidado en general pueden ser agrupadas en un primer momento en la ley de forma general. También en otro tipo de manifestaciones con fuerza de ley como decretos y resoluciones.

una profesión que busca servir a los demás, específicamente es: “*el arte de conservar y restaurar la salud para hacer la vida más fácil y segura a la comunidad*” (Gaceta Jurisprudencial julio de 2018. Curso de Inducción No. 32, 2018).

Por su parte la bioética tiene como objeto de referencia al hombre y su entorno tecnológico para procurar por su bienestar, buscando en todo caso bases sólidas de tipo ético para tomar decisiones que le puedan afectar. Esas decisiones se basan en cuatro principios fundamentales: la autonomía, no maleficencia, beneficencia y justicia (Rojas & Lara, 2014). Estos principios se encuentran recogidos en la ley 1164 de 2007, en sus artículos: segundo y tercero entre otros.

Creemos que estos principios se encuentran no solo en la ley 1164 de 2007, sino que provienen inclusive de la Constitución, en especial los derechos y garantías recogidos en los artículos: 11, 13, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 26, 28, 43, 44, 48, 49, 78, 83 y 93⁵. Ahora bien, partiendo desde la

⁵ Todos estos artículos guardan un núcleo común y es el respeto por la dignidad del hombre y el reconocimiento de su autonomía. Por esta razón algunas veces, es derecho exigible al Estado de forma directa y otras veces es visto como una carga del ciudadano para con el Estado.

dignidad humana hasta llegar al libre desarrollo de la personalidad como partes integrantes del ser humano, la Constitución establece que todas las autoridades y los ciudadanos deben actuar para velar por el respeto de estas y por tanto los principios bioéticos constituyen fuente del deber objetivo de cuidado como ley como se expondrá brevemente.

En la sentencia de tutela 412 de 2010, la Corte dice que los principios bioéticos tienen raigambre y reconocimiento constitucional, textualmente dice:

La Corte ha resaltado que el derecho a la autonomía del paciente para tomar decisiones relativas a su salud, al cual se le denomina en la bioética *principio de autonomía*, puede entrar en colisión con otros principios que orientan la práctica médica tales como los *principios de beneficencia y de utilidad*, los cuales también tienen fundamento constitucional. (Sentencia de tutela 412, 2010)

Como es apenas evidente, los principios bioéticos son recogidos en nuestra Constitución Política, principalmente por medio de garantías fundamentales. La autonomía como principio bioético, aunque parte de la dignidad humana, tiene un reconocimiento especial en el artículo 16 que consagra el derecho al libre

desarrollo de la personalidad. Así se puede hilar con todos los principios bioéticos y especialmente en los que se abordaran en este estudio.

Se enfatiza en que los principios bioéticos tienen raigambre constitucional por el catálogo de derechos fundamentales. Esto ha sido reconocido y reiterado por la jurisprudencia constitucional en sentencias tales como: T-401 de 1994, SU337 de 1999, T-823 de 2002, T-1021 de 2003, T-1019 de 2006 y T-560A de 2007. Es decir que existe una línea jurisprudencial al respecto y que se torna en un elemento integrante del derecho penal sustancial y por tanto debe irradiar a la culpa.

En concreto, los principios bioéticos, empezando por el principio de autonomía, no son más que la representación abstracta de los derechos de autonomía de la voluntad, libre desarrollo de la personalidad y de dignidad humana. En materia médica esto se representa en dos ámbitos. Respecto del paciente en la medida de poder disponer sobre su cuerpo. Si el paciente quiere modificar su apariencia corrigiendo su tabique desviado o poniendo implantes mamarios, inclusive cambiando o haciendo adecuación del sexo, está en posibilidad de hacerlo.

En el otro ámbito, el médico debe respetar esta decisión autónoma del

paciente y mediando un consentimiento informado que reúna todas las características para que sea reputado válido: informar sobre todos los riesgos, inclusive el más mínimo de ellos. Esto se fundamenta en que, tratándose de la cirugía estética, se somete el paciente a una intervención riesgosa para obtener un cambio de apariencia, pero no una mejora en su salud.

Respecto del consentimiento informado este se encuentra regulado en los artículos 14, 15 y 28 de la Ley 23 de 1981. En este mismo sentido, la Resolución 4343 de 2012, en su artículo cuarto numeral dos y la Resolución 8430 de 1993, en sus artículos 14, 16, 59 y 84 de la cual tenía como objeto regular la actividad investigativa en salud. Recientemente mediante la Resolución 2003 de 2014, se dio el siguiente concepto: “la aceptación libre, voluntaria y consciente de un paciente o usuario, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar un acto asistencial” (Ministerio de Salud y de la Protección Social, 2014).

La autonomía también implica que el médico como profesional formado con conocimientos técnicos y científicos para proceder a llevar a cabo la cirugía estética y mediando el objetivo de mejora o de embellecimiento,

puede hacerla de forma libre como cualquier otra profesión liberal. Esto no quiere decir que no existan mínimos ordenados por la ley, por ejemplo, en el caso de las Instituciones prestadoras de salud reguladas en la Resolución 2003 de 2014.

Esto es, que la autonomía del médico para llevar a cabo el acto médico se encuentra limitada por la ley. En efecto, en la resolución citada se habla sobre las condiciones de logística, higiene y de especialidad del componente técnico y humano. Teniendo en cuenta esto, lo demás será decisión del médico y no podría el derecho entrar a limitar de forma arbitraria el ejercicio de su profesión.

El segundo principio bioético es la no maleficencia y esta compete, principalmente al médico. Toda decisión que deba tomar cuando se esté llevando a cabo el procedimiento quirúrgico debe procurar por la mejora de este y en todo caso nunca procurar malestar o daño a su situación inicial (Siurana, 2010). Como se ha venido exponiendo, en la práctica de la cirugía estética el paciente acude motivado por un cambio de apariencia bajo un prototipo de belleza que ha compartido al médico en el momento de la valoración. Así las cosas, el médico siempre procurará alcanzarlo, sin embargo ante la imposibilidad de hacerlo, deberá

no agravar o de forma intencionada dañar al paciente.

El tercer principio bioético consiste en forma armónica con el anterior, en la beneficencia. El actuar del médico siempre será basado en el reconocimiento de ser humano de su paciente, reconociéndolo como un sujeto dotado de capacidad y de discernimiento. Esto quiere decir que nunca provocará daño o buscará dañar. Busca que el médico tome una actitud activa por hacer el bien a su paciente (Siurana, 2010).

El cuarto principio de justicia propugna por un trato debido a cada persona. Esto quiere decir que el médico no debe tener en cuenta condiciones tales como estrato socio económico, color de piel, inclinación sexual, raza, entre otros, para llevar a cabo el procedimiento quirúrgico. Esto va más allá de entender que la relación del médico y el paciente en la cirugía estética está mediado por un contrato de prestación de servicios.

De hecho, son frecuentes las noticias en las que se advierte de la práctica de cirugía estética en centros clandestinos sin los equipos necesarios para prevenir los riesgos asociados. El médico que lleva a cabo esta cirugía está desconociendo la justicia que debe observar hacia su paciente según este principio bioético.

El segundo argumento para entender los principios bioéticos como complementarios a los protocolos médicos es que el principio es dinámico y siempre está en constante valoración por parte del Juez. Por el contrario, el protocolo médico es estático, es una foto de un momento que no coincide muchas veces con la realidad de la práctica médica. En otras palabras, el médico tiene una realidad que muchas veces no obedece a lo que reflejan los protocolos médicos, por el contrario, el principio siempre estará sujeto a verificación y valoración de acuerdo con los parámetros constitucionales y legales.

4. Previsibilidad

En segundo lugar, se requiere que el resultado haya sido previsto, pero se confió en poder evitarlo, o siendo previsible no se previó imprudentemente por parte del autor. Este requisito parte de la base que la conducta imprudente para ser punible, requiere violar el deber objetivo de cuidado, además, el resultado debe preverse como posible o estar en posibilidad de preverse para que proceda la sanción penal.

Especial mención merece en materia de la actividad médica el caso de conductas no previsibles o de las llamadas complicaciones médicas que pueden ser excluidas de responsabi-

lidad penal por el caso fortuito que excluiría la conducta y por tanto, ni siquiera se avanzaría a la tipicidad de la conducta. Aunque no es el objeto del presente artículo si se debe diferenciar la conducta imprudente del caso fortuito.

En efecto, en el delito imprudente existe una conducta relevante para el derecho penal por obrar la voluntad del agente. En el caso fortuito, por el contrario, el obrar no está determinado por la voluntad del agente sino por eventos causales que no le son controlables. Así mismo, y esta se convierte en la principal característica de diferencia, en la conducta imprudente el sujeto agente prevé el resultado o siendo previsible no lo prevé de manera descuidada. En el caso fortuito el resultado no es previsible, ni el hombre más cuidadoso hubiere podido advertirlo.

Para ejemplificar, el médico que hace un acto médico quirúrgico está en posibilidad de prever una serie de riesgos para la vida e integridad física del paciente. Esto tendrá que ver con el diagnóstico y el tipo de intervención que requiera, pero en términos generales, existen complicaciones como hemorragias, alteraciones cardíacas, entre otras evidentes, que son previstas o deben ser previstas por el médico al realizar y planear la intervención quirúrgica.

Pero, si el paciente tiene una complicación no esperada que ocurre de forma imprevisible e irresistible para el médico, reacciones alérgicas inesperadas, bacterias de no concurrencia usual, entre otros casos, no hay conducta penalmente relevante y por tanto tampoco habrá responsabilidad penal por no serle atribuible este tipo de sucesos al médico, siempre que este suceso responda a los criterios de irresistibilidad e imprevisibilidad⁶.

Se debe concluir entonces que solo puede ser delito imprudente en la actividad médica el que violando un deber objetivo de cuidado le era previsible y no lo previó, o habiéndolo previsto, confía en poder evitarlo.

5. Conclusiones

- a) La cirugía estética implica el despliegue de actos médicos riesgosos que pueden terminar con la lesión de bienes jurídicos.
- b) Hay conductas que si no son previsible no podrán si quiera llegar a ser conductas relevantes.
- c) Este despliegue de actos médicos, en especial la cirugía, son conductas riesgosas y por tanto

están sometidas a una serie de requerimientos para evitar la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.

- d) A estos parámetros se les denomina genéricamente deberes objetivos de cuidado.
- e) Los deberes objetivos de cuidado, al lado de la *lex artis*, deben ser complementados con los principios bioéticos.
- f) En la actividad médica solo son admisibles los delitos a título de culpa.
- g) El deber objetivo de cuidado debe ser complementado con los principios bioéticos.
- h) Los principios bioéticos se encuentran en nuestra Constitución Política y así lo ha ratificado la Corte Constitucional.

Bibliografía

- Roxin, C. (2008). *Derecho Penal General. Parte General*. Madrid, España: Civitas.
- De Vicente Martínez, R. (2018). *Vademécum de Derecho Penal* (Vol. Quinta Edición). Valencia, España: Tirant lo Blanch.

⁶ Merece un análisis separado el asunto del caso fortuito en la actividad médica.

- Velásquez, F. V. (2017). *Fundamentos de Derecho Penal General*. Bogotá: Andrés Morales.
- Zugaldia, J., Marin de Espinosa, E., Ramos, M. I., Esquinas, P., Gómez, J., & Morales, M. A. (2019). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- AutoInterlocutorio, 200708014 (Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal 23 de abril de 2009).
- Sentencia Casación, Gaceta Judicial 2435 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil 20 de Noviembre de 1989).
- Congreso Nacional de la República de Colombia. (28 de Abril de 1962). Ley 14. art. 2.
- Guzman Mora, F. (s.f.). Temas médico-jurídicos: El Ejercicio Ilegal de la Medicina. *Revista colombiana de cirugía*, 10(3).
- Congreso Nacional de la República de Colombia. (2007). *Ley de Talento Humano en Salud. 1164* (Vol. Diario Oficial 46.771 de 4 de octubre de 2007). Bogotá.
- Congreso Nacional de la República de Colombia. (2000). *Código Penal - Ley 599*. Bogotá: Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000.
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2015). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mora, F. G. (s.f.). El acto médico. Consideraciones Esenciales. *Médico-Legal online. Revista Colombiana para Profesionales de la Salud*.
- Arias, J., Aller, M., Arias, J., & Lorente, L. (2001). *Generalidades Médico-Quirúrgicas*. Madrid: Tebar.
- Tribunal Nacional de Ética Médica. (Octubre de 2015). *Medicina Estética Vs Cirugía Plástica*. GACETA JURISPRUDENCIAL(19).
- Anestesia en cirugía plástica y reconstructiva. (2007). México D.F.: Alfíl.
- Elliott, A. (junio de 2011). *Plástica extrema: auge de la cultura de la cirugía estética*. *Anagramas - rumbos y sentidos de la comunicación*, 9(18).
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2016). *Resolución 6408*. Bogotá.
- De Vicente Martínez, R. (2018). *Vademecum de Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez Rivero, M. d., Blanca, S. C., & Such Martínez, J. (2013). *Responsabilidad Médica*. (M. Camas Jimena, Ed.) Valencia: Tirant lo Blanch.
- Tribunal Nacional de Ética Médica. (2018). *Gaceta Jurisprudencial julio de 2018. Curso de Inducción No. 32*.
- Rojas, A., & Lara, L. (2014). ¿Ética, bioética o ética médica? *Revista Chilena de Enfermedades Respiratorias*, 91-94.
- Siurana, J. C. (2010). Los principios de la bioética y el surgimiento de una

- bioética intercultural. *Veritas*(22), 121-157.
- Cuello, J. (1986). Teoría de la Culpabilidad frente al Concepto de Delito. En E. Gimbernat Ordeig, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, España.
- Castillo, S. (2015). Enfermedades raras (ERs). *Revista Electrónica Científica y Académica de Clínica Alemana*, 148-152.
- Mayo Clinic. (5 de septiembre de 2019). *Mayo Clinic*. Obtenido de <https://www.mayoclinic.org/es-es/diseases-conditions/e-coli/symptoms-causes/syc-20372058>
- Pouya, A., & Karam, J. (2013). Medio ambiente quirúrgico. *Acta Ortopédica Mexicana*(27), 60-81.
- López, C. (1996). *Introducción a la Imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (2010). *Sentencia de tutela 412*. Bogotá.
- Ministerio de Salud y de la Protección Social. (2014). *Resolución 2003*. Bogotá.