

**“Violación al deber objetivo de cuidado en la responsabilidad penal médica:  
Criterios de la doctrina y jurisprudencia colombianas”**

**Carolina Cardona Gómez**

**C.C. 1.036.672.349**

**Daniela Jiménez Izquierdo**

**C.C. 1.152.212.948**

Monografía presentada como requisito para optar al título de:

**Abogada**

Asesor:

Juan Felipe Álvarez Arboleda

Universidad de Antioquia

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Medellín, Colombia

2021

## RESUMEN

El ejercicio de la medicina supone la creación de riesgos para la vida, la salud y la integridad del paciente. En algunas ocasiones el riesgo creado se plasma o da lugar a un resultado lesivo, no obstante, ello no implica la existencia de responsabilidad penal de forma automática; para ello es necesario, primero, establecer si ese resultado es consecuencia de un riesgo no permitido o de una violación a un deber objetivo de cuidado.

La presente monografía se ocupa de abordar la discusión sobre el riesgo permitido en medicina y los criterios que se emplean en la actualidad para establecer si ese riesgo ha traspasado los niveles de lo permitido o, en otras palabras, si se ha violado un deber objetivo de cuidado.

**Palabras clave:** Ejercicio de la medicina, riesgo permitido, violación a deberes objetivos de cuidado.

## 1. INTRODUCCIÓN

Históricamente a la medicina se le han atribuido los objetivos más nobles y altruistas, y al médico, por lo menos hasta los inicios del siglo XX, se le veía como un ser dotado de autoridad cuyas decisiones eran, a todas luces, incuestionables.

Efectivamente, la tradicional concepción de la actividad médica como un servicio esencialmente humanitario la sustraía a cualquier intento de control que no fuera el exclusivamente moral, a pesar de lo cual existieron diversos intentos de regulación – destinados, especialmente, a proteger a los pacientes de los médicos imperitos e ignorantes, los cuales no tuvieron prácticamente ningún éxito hasta la llegada del siglo XX (Castellano, 2001, p. 2).

En ese sentido, durante gran parte de la historia de la humanidad las decisiones de los galenos fueron incontrovertibles, por lo que era el paciente quien debía cargar con cualquier consecuencia dañina para su salud, pues se entendía que la misma provenía única y exclusivamente de la enfermedad sufrida por el mismo; en conclusión, no existía lo que hoy conocemos como el error médico.

Por el contrario, en la actualidad la medicina es concebida, simplemente, como una actividad humana. Por este motivo quienes la ejercen pueden cometer errores. Esto ha desembocado en la necesidad de diferenciar las consecuencias dañinas que provienen exclusivamente de la enfermedad del paciente, de las consecuencias dañinas causadas por la negligencia, impericia o imprudencia de los profesionales de la salud. Las primeras son, desde luego, irrelevantes desde el punto de vista del derecho, mientras que las segundas, en cambio, pueden implicar responsabilidad profesional.

Desde la óptica del derecho penal, en la que se centrará la presente monografía, se reconoce a la medicina como un ejercicio indispensable y benéfico para la vida en sociedad. Sin embargo, el ejercicio de esta es, siempre, una actividad riesgosa. Aun cuando se actúe con el mayor grado de diligencia y cuidado es inevitable que, en ciertas ocasiones, se generen daños para bienes jurídicos. De ahí que en el ámbito del derecho punitivo se haya otorgado mayor relevancia a las condiciones en las que se produce un resultado lesivo que al resultado en sí mismo.

En particular, tanto la doctrina como la jurisprudencia han explicado que los daños producto del ejercicio de la medicina únicamente deben ser castigados cuando obedezcan a un comportamiento que viola deberes objetivos de cuidado o crea riesgos jurídicamente desaprobados.

La anterior afirmación ha desencadenado numerosas discusiones teóricas acerca de la configuración dogmática del delito imprudente –que es la forma de imputación que se presenta principalmente cuando se habla de responsabilidad penal médica–. Entre estas se cuentan, entre otras, la insuficiencia del nexo de causalidad para establecer responsabilidad, los criterios para la determinación del deber de cuidado y el ámbito de riesgo permitido.

Esta monografía aborda la discusión sobre los criterios usados por la doctrina y la jurisprudencia para establecer si, en un caso concreto, el profesional de la salud ha violado deberes objetivos de cuidado o ha creado riesgos jurídicamente desaprobados.

En el primer capítulo se contextualiza el objeto de estudio a partir de la exposición de las razones por las cuales la medicina es una actividad riesgosa. En el segundo capítulo se aborda la discusión teórica acerca de cuándo se ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado o cuándo se ha violado un deber objetivo de cuidado de acuerdo con la doctrina penal. En el tercer capítulo se aterriza el análisis previamente realizado al campo de la medicina, tratando

en concreto cuáles criterios tienen lugar al interior de aquello que se conoce como responsabilidad penal médica al momento de establecer si un comportamiento es o no imprudente. Finalmente, se ofrecen algunas conclusiones alcanzadas a partir de la revisión doctrinal y jurisprudencial realizada.

## **2. LA MEDICINA COMO UNA ACTIVIDAD RIESGOSA**

La medicina, por lo menos durante sus primeros siglos de evolución, fue vista como una actividad mágico – religiosa, en la que el galeno se enfrentaba a la enfermedad que sufría un paciente, la cual tenía origen, muy probablemente, en un castigo de los dioses. Como explica Laín (1978) en las culturas arcaicas la enfermedad fue “básica y primariamente entendida como un castigo de los dioses irritados contra quien estaba padeciéndola, a causa de un pecado de éste.” (p.14). Por lo tanto, su tratamiento debía ser coherente con la causa, de ahí que se hiciera uso del exorcismo, las plegarias, las ofrendas a los dioses, los rituales de sacrificio y las ceremonias, acompañados en algunos casos de la intervención medicinal a partir de plantas o compuestos animales y minerales o de la intervención quirúrgica.

No debe pensarse, sin embargo, que el tratamiento asirio-babilónico consistiese en una heteróclita yuxtaposición de ritos religioso-mágicos, por una parte, y remedios físicos, por otra. La acción de éstos, sólo eficaz si los dioses la querían o la permitían, presuponía para el asirio la de aquéllos, y no pasaba de ser un complemento útil de su virtualidad. (Laín, 1978, p.15)

Bajo la óptica descrita, el médico por sí mismo no tenía capacidades curativas, por lo que la sanación del enfermo era consecuencia del deseo de los dioses, de ahí entonces que

cualquier resultado dañino tampoco pudiera ser imputada al galeno, puesto que la misma sería manifestación de una voluntad divina o superior.

Aproximadamente en el año 500 a.C. la medicina dejó de ser un asunto enteramente mágico – religioso y fue adquiriendo un carácter más técnico. De acuerdo con Laín (1978), fue a partir del desarrollo del conocimiento griego que la medicina, al menos de forma incipiente, adquirió los rasgos que posteriormente permitirían calificarla de conocimiento técnico – científico. En primer lugar, se exigió que esta fuera sistemática, “los saberes acerca de la cosa en cuestión deben hallarse ordenados conforme a principios ciertos y racionales”, en segundo lugar, se exigió que fuera metódica, “esos saberes han debido ser obtenidos mediante un método que garantice su verdad y permita su incremento” y, en tercer lugar, se exigió un contenido teórico, es decir, que pueda brindarse una respuesta a la pregunta acerca de “«lo que es» –lo que en sí misma es– la cosa estudiada” (p. 67).

El anterior hecho histórico es importante, desde el punto de vista del derecho, toda vez que permitió diferenciar claramente entre quienes poseían un conocimiento médico legítimo, en tanto habían sido formados en escuelas tradicionales y por un maestro reconocido, de aquellos que se dedicaban de forma empírica a tratar enfermedades. De los primeros podía evaluarse su *praxis* médica y verificar si la misma se encontraba acorde a los conocimientos y métodos de la época, mientras que los segundos conservaban una tradición más cercana a la perspectiva mágico – religiosa ya descrita.

Durante la Edad Media, particularmente a lo largo de los siglos V al XI d.C, la medicina practicada, por lo menos en la Europa medieval, oscilaba entre un concepto mágico-religioso vinculado con el pecado y un aspecto técnico-científico, herencia de los conocimientos provenientes de la antigua Grecia. Esta es la época de la llamada “medicina monástica”, toda vez que era justamente en los monasterios donde se seguía cultivando el saber médico; no

obstante, existían también algunos laicos que se dedicaban al ejercicio de este. De acuerdo con la literatura especializada, el desarrollo del conocimiento médico fue bastante pobre durante el Medioevo.

Podemos no obstante afirmar que tanto en el caso de los médicos seculares como en el de los monjes médicos, el momento diagnóstico de la praxis médica se redujo a designar con nombres latinos o corrompidos nombres griegos los síntomas más llamativos, y que el contenido de su momento terapéutico nunca rebasó la prescripción empírica de consejos dietéticos o de remedios vegetales y la ejecución de muy sencillas operaciones quirúrgicas: una flebotomía, la incisión de un absceso, la reducción de alguna fractura (...) (Laín, 1978, p. 192).

El ejercicio de una medicina sacerdotal introdujo, una vez más, el aspecto religioso –que tan acertadamente había sido excluido por los pensadores griegos–; esta situación generó que la *praxis* médica se sustrajera nuevamente de un control racional, quedando a merced de las decisiones eclesiásticas (Laín, 1978, p. 190).

Entre los siglos XV y XVIII la sociedad hace su tránsito del estilo de vida feudal, propio de la Edad Media, al estilo de vida burgués, más cercano a la Modernidad. Con ello cambió también la medicina; tras la formación de importantes centros urbanos surgieron nuevas enfermedades o cambiaron las conocidas de tiempo atrás, aparecieron enfermedades vinculadas con la profesión ejercida, con la nueva forma de vida –mucho más sedentaria– e incluso con la nueva forma de librar batallas, puesto que fue justo en el siglo XV que las heridas por arma de fuego adquirieron importancia para la medicina (Laín, 1978, p. 356).

Adicionalmente la medicina alcanzó un carácter secular como consecuencia de la prohibición mencionada, lo que permitió que fuera estudiada y practicada por laicos y esto, a su vez, facilitó grandes avances en todos los niveles del saber médico.

Durante esta época se afianzó la exploración clínica con fines diagnósticos y se practicó cada vez más la autopsia anatomopatológica. Asimismo, la valoración del enfermo se hizo tanto física como químicamente, y se tornó evidente la importancia de llevar un registro de los datos extraídos de la valoración del paciente, naciendo así una versión incipiente de lo que conocemos hoy como historia clínica, permitiendo con ello un análisis más minucioso y biográfico del enfermo. Este hecho fue, sin duda alguna, de gran trascendencia para el derecho, toda vez que, a partir del registro de las condiciones clínicas del paciente, así como de las decisiones tomadas en relación con él, era posible evaluar la conducta del médico y saber si la misma se ajustaba a los cánones de la disciplina.

Ahora bien, desde el siglo XIX hasta la actualidad, la medicina ha sufrido un gran desarrollo en todos los niveles. De acuerdo con Laín (1978) la proliferación del saber clínico-patológico, sumado al creciente refinamiento de las técnicas diagnósticas y terapéuticas, ha provocado el surgimiento de múltiples especialidades.

Hoy en día, tanto el diagnóstico de una enfermedad como las alternativas terapéuticas obedecen al más exigente método científico, lo que deja poco espacio a la inventiva del médico tratante, puesto que son pocas las patologías que no cuentan con amplia bibliografía dedicada a su estudio. De lo anterior se desprende que actualmente sea posible, aunque a muy grandes rasgos, prever el curso probable de una enfermedad, establecer el tratamiento más adecuado y verificar su impacto sobre el padecimiento sufrido.

Ahora bien, desde la óptica del derecho, fue el mismo avance de la medicina el que posibilitó que hoy en día pueda ejercerse un control externo, esto es, un control jurídico de la *praxis* médica. Si se observa el resumen histórico realizado, podrá concluirse que, durante los primeros siglos de evolución de la medicina, la misma se sustraía de cualquier control en la medida en que sólo quienes la practicaban tenían el conocimiento suficiente para evaluar



el quehacer necesario en un caso concreto<sup>1</sup>. Para el resto de las personas lo que pasaba entre el médico y el enfermo era asunto desconocido, en muchos casos incluso místico. Por el contrario, desde el siglo XV –aunque de manera incipiente– y más concretamente a partir del siglo XIX, la proliferación y publicidad del saber médico permiten que terceras personas puedan ejercer un control más o menos racional de la actividad del galeno.

Como menciona Rodríguez (2012) “el desarrollo técnico y científico de la medicina da lugar a que se incrementen las exigencias sociales sobre la tarea profesional del médico, es decir, se espera que cure la enfermedad, por lo que junto con una progresiva mejoría en su estatus se produce un incremento de la presión social sobre su ejercicio profesional.” (p.40).

Lo reseñado se ha visto reflejado, normativamente hablando, en la adopción de leyes que regulan tanto la enseñanza como el ejercicio médico, y si bien este fenómeno ha ocurrido de manera generalizada en los países occidentales, a continuación, se comentará puntualmente lo acontecido en el caso colombiano.

## **2.1 La regulación de la medicina en Colombia**

Limitándonos a las normas expedidas desde el siglo XX en adelante, encontramos que ya en la Ley 83 de 1914, el legislador nacional estableció algunos requisitos para ejercer la medicina en Colombia. En particular mencionó:

**ARTÍCULO 1º** Para ejercer la medicina en la República de Colombia, en cualquier

---

<sup>1</sup>“Efectivamente, la tradicional concepción de la actividad médica como un servicio esencialmente humanitario la sustraía a cualquier intento de control que no fuera el exclusivamente moral, a pesar de lo cual existieron diversos intentos de regulación -destinados, especialmente, a proteger a los pacientes de los médicos imperitos e ignorantes, los cuales no tuvieron prácticamente ningún éxito hasta la llegada del siglo XX.” (Castellano, 2001, p.2).

forma o por cualquier sistema, es obligatorio poseer un diploma de Doctor en Medicina expedido por una Facultad oficial de las establecidas o que se establezcan en la República, salvo en las circunstancias que adelante se expresan.

Se exceptuó del anterior requisito, primero, a quienes hubieran obtenido el diploma del Instituto Homeopático de Colombia o a quienes “aun cuando carezcan de diploma hayan ejercido la medicina por el sistema homeopático durante cinco años” (Artículo 2, Ley 83 de 1914); en segundo lugar, a quienes estuvieran en posesión de un diploma expedido por una facultad extranjera, siempre y cuando presentaran ante la gobernación el diploma debidamente legalizado, probaran su identidad, y además pasaran con éxito un examen clínico ante un consejo de examinadores nombrados por una facultad de medicina.

Por otro lado, la citada ley definió la medicina de la siguiente manera:

**ARTÍCULO 9º** Para los efectos legales, se entiende por ejercicio de la medicina, diagnosticar, instituir tratamiento, prescribir drogas o verificar operaciones quirúrgicas para cualquiera enfermedad, dolor, daño, accidente o deformidad física; y se reputa como médico al individuo que ejerza profesionalmente cualquiera de tales actos.

Finalmente llama la atención que esta Ley, en principio, prohibía la práctica de las tradicionales comadronas, no obstante, ante la ausencia de médico y de forma excepcional permitía su ejercicio<sup>2</sup>, con lo cual se reconocía la escasez de profesionales de la salud en el

---

<sup>2</sup> **ARTÍCULO 11.** Podrán ejercer como comadronas las enfermeras que presenten un certificado de idoneidad expedido por médicos diplomados. En los lugares donde no hubiere comadronas que tengan dicho certificado se tolerará la práctica obstetrical a personas que no lo tengan pero acreditadas en el oficio. El Ministerio de Instrucción Pública, en desarrollo de esta Ley, proveerá a la creación de la correspondiente Escuela de Obstetricia en las Facultades Médicas del país, tan pronto como lo permitan los recursos fiscales.

**PARÁGRAFO.** No será permitida ninguna operación de obstetricia a las comadronas de que habla este artículo sino en ausencia del médico y por urgencia que no permitala llegada del facultativo. No obstante, en los lugares en que no haya médico graduado o licenciado, y que habiéndolo tardare en llegar con tiempo que ponga o de la criatura, será tolerada la práctica de operaciones obstetricales manuales por comadronas sin certificado, pero acreditadas en la práctica de esa profesión.

país.

Años después el legislador nacional expediría la Ley 35 de 1929<sup>3</sup>, la cual habilitaba para el ejercicio de la medicina hasta por dos años a aquellos estudiantes que hubieran terminado sus materias y que solo estuvieran pendientes de presentar los exámenes preparatorios y el examen de grado<sup>4</sup>.

Adicionalmente, la Ley 35 de 1929, incrementó los requisitos para que los extranjeros graduados en el exterior ejercieran dentro del territorio nacional, por lo que en su artículo 5 definió que quienes estuvieran en dicha condición deberían presentar un examen en idioma español compuesto por cinco partes<sup>5</sup>.

De esta Ley llama la atención que en su artículo 20 estableció que:

---

<sup>3</sup> Cabe aclarar que antes de esta Ley se expidieron la Ley 67 de 1920 y la Ley 85 de 1922, las cuales reformaron y complementaron la Ley 83 de 1914, sin embargo, su importancia es bastante menor, de ahí que no se haga referencia a ellas.

<sup>4</sup> “Ley 35 de 1922 Artículo primero (...) **parágrafo 2.** Pueden igualmente ejercer la profesión los estudiantes de medicina que hayan cursado totalmente las materias de enseñanza de las Facultades médicas nacionales que hubieren sido aprobados en todos los cursos reglamentarios y a quienes faltare única y exclusivamente la presentación de los exámenes preparatorios y el examen de grado.

Para los individuos incluidos en este parágrafo, la facultad de ejercer durará hasta por dos años, a partir del día en que se llenare los requisitos que se establecen, e igual tiempo se concede, desde la vigencia de esta Ley, para aquellos estudiantes cuyos estudios fueron hechos hace dos o más años: Pasado este tiempo perderá la facultad de ejercer la profesión en el territorio nacional. Estos individuos obtendrán el derecho a ejercer mediante la presentación, ante la Junta Central que se crea por el Artículo 8 de la presente Ley, de un certificado del secretario de la facultad respectiva en el cual constará que el peticionario ha cursado todas las materias de enseñanza, y que únicamente le falta presentar los preparatorios y obtener el diploma que lo acredita médico y cirujano.”

<sup>5</sup> **ARTÍCULO 5º** Pueden igualmente ejercer la medicina en Colombia los médicos extranjeros graduados en Facultades extranjeras, siempre que presenten en la capital de la República ante la Junta General de Títulos Médicos que crea la presente ley, un examen, en idioma español, compuesto de las siguientes pruebas:

1º Teórica: Desarrollar por escrito, durante una hora, cada uno de los cuatro temas sacados a la suerte entre nueve, propuestos por el Jurado Examinador, sobre patología médica o quirúrgica, y terapéutica médica o quirúrgica.

2º Práctica: Ejercicio de anfiteatro, de una hora de duración, sobre anatomía topográfica y medicina operatoria.

3º Práctica: Ejercicio de laboratorio en sus aplicaciones a la clínica.

4º Práctica: Examen en un hospital, de hora y media de duración, sobre clínica médica, clínica quirúrgica, y clínica obstétrica;

5º Práctica: Examen en un hospital, de una hora de duración, sobre dos clínicas de especialidades, escogidas por el candidato entre las siguientes: clínica dermatológica y sifiligráfica; Clínica de órganos de los sentidos; clínica de las vías urinarias; clínica ginecológica; clínica de enfermedades mentales y nerviosas; clínica de enfermedades tropicales; clínica médica infantil, y clínica quirúrgica infantil y ortopedia.”

Las personas que ejerzan la medicina o sus auxiliares sin llenar los requisitos exigidos por la ley, serán castigadas con multas de cien a doscientos pesos por la primera vez, y el doble en caso de reincidencia. Estas multas, que se destinarán para los Lazaretos del país, serán impuestas por los Directores Departamentales de Higiene, y no serán apelables sino ante la Dirección Nacional de Higiene y Asistencia Pública.

Siendo este uno de los primeros artículos que castigaron el ejercicio irregular de la profesión médica en Colombia.

Un hito en materia normativa ha sido la Ley 23 de 1981 o, como también se le conoce, Código de Ética Médica. En esta se encuentran desde los principios generales del quehacer médico, pasando por los mandatos deontológicos de la *praxis*, hasta la creación de los Tribunales de Ética Médica con el objetivo de sancionar las faltas éticas en las que incurran los profesionales médicos. Dada su importancia merece un análisis un poco más detenido.

Lo primero que se encuentra en esta Ley es la declaración de principios y el juramento hipocrático. En ellos se establecen los fines que debe perseguir la práctica médica, entre los que se encuentran, el cuidar la salud de las personas, prevenir las enfermedades, mejorar los patrones de vida de la comunidad, entre otros. Los 10 numerales que integran el artículo primero abarcan aspectos que van desde los objetivos de la medicina, pasando por el método clínico-científico, la enseñanza de la medicina, la labor del médico como auxiliar de la justicia, su remuneración económica, llegando hasta la función social del médico y la medicina.

Por otro lado, entre los artículos 3 y 26 se encuentran las disposiciones que regulan la relación entre el médico y el paciente. Aquí se ubican normas que establecen diversos deberes del profesional de la salud, entre ellos se destacan los que, desde el punto de vista del derecho penal, revisten mayor interés:

- “Artículo 3: El médico dispensará los beneficios de la medicina a toda persona que los necesite, sin más limitaciones que las expresamente señaladas en esta Ley.” Este artículo se ha entendido como el deber que tiene el profesional de la salud de prestar auxilio a todas las personas sin distinción de ninguna clase. Es, en otras palabras, una materialización en el campo de la medicina del artículo 13 de la actual Constitución Política.

- “Artículo 10: El médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente”. Esta norma ha sido objeto de un importante desarrollo en materia ético disciplinaria<sup>6</sup>, su núcleo esencial radica en el deber que tiene todo profesional médico de esmerarse en la atención en salud que brinda a su paciente, de tomarse el tiempo para evaluar adecuadamente su enfermedad y, con igual trascendencia, ordenar los exámenes necesarios para su correcto diagnóstico, así como el tratamiento indicado. Este mandato ético disciplinario está por encima de cualquier restricción de índole administrativa o económica, por lo que un médico no podrá excusarse en ellas para negarle la atención a un paciente.

- “Artículo 15: El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente”. Esta disposición contiene dos deberes

---

<sup>6</sup> Al respecto pueden consultarse las Gacetas del Tribunal Nacional de Ética Médica disponibles en: [https://tribunalnacionaldeeticamedica.org/biblioteca/?main\\_category=1](https://tribunalnacionaldeeticamedica.org/biblioteca/?main_category=1)

diferentes para el profesional de la medicina, el primero es un deber técnico-científico, que le impone al médico la carga de ajustar su comportamiento de conformidad con las normas, los protocolos o en general la *lex artis* aplicable al caso concreto. Y un segundo deber, llamado deber de información, que obliga al galeno a obtener el consentimiento del paciente a partir de brindarle una información clara y suficiente de los riesgos que enfrenta. Dada la importancia de este aspecto se ampliará en un próximo apartado.

- “Artículo 16: La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados”. Este artículo limita el ámbito de responsabilidad del médico únicamente a aquello que le es posible prever, por lo cual resulta de particular importancia en el ámbito del derecho penal –como se verá más adelante– en la medida en que acompaña el juicio de previsibilidad, por cuanto nadie puede ser castigado por aquello que le es imprevisible.

Desde lo que interesa al derecho penal, es posible afirmar que las normas antes referenciadas, así como la Ley 23 de 1981 en general, constituyen un criterio que auxilia en la evaluación del comportamiento de un médico o, en otras palabras, brindan un parámetro o referente para establecer si un profesional de la salud guardó el deber objetivo de cuidado o si, por el contrario, con su comportamiento creó un riesgo jurídicamente desaprobado.

Su importancia es tal que algunos autores las incluyen dentro del concepto de *lex artis*, puesto que junto a las normas técnicas permiten, como ya se dijo, evaluar la conducta del profesional. Sobre este aspecto se volverá en el último capítulo.

Ahora bien, las referencias normativas traídas a colación permiten entrever que la

medicina, a pesar de los beneficios que representa para la comunidad en general, conlleva también importantes riesgos para los pacientes. Desde luego, es necesario distinguir entre las diferentes especialidades, puesto que no es lo mismo hablar de la pediatría que de la anestesiología, de hecho, esta última, dado su elevado riesgo, ha sido directamente regulada por el legislador a través de la Ley 6 de 1991, en la cual se especifica que:

Artículo 1. (...) Parágrafo: Por el riesgo potencial a que están expuestos los pacientes y la permanente exposición a inhalación de gases tóxicos, radiaciones y situaciones de estrés por parte del anestesiólogo se considera la anestesiología como una especialidad de alto riesgo y debe tener un tratamiento laboral especial.

En consonancia con lo expuesto desde el artículo primero, la Ley 6 de 1991 desarrolla todo un catálogo de exigencias y requisitos que deben cumplirse en el ámbito de la anestesiología, para hacer de esta una práctica que se enmarque dentro del riesgo permitido.

Bajo la misma óptica de hacer del proceso de atención médica una tarea más segura, surge la Ley de Talento Humano en Salud –Ley 1164 de 2007– la cual tiene como objeto “establecer las disposiciones relacionadas con los procesos de planeación, formación, vigilancia y control del ejercicio, desempeño y ética del Talento Humano del área de la salud” mediante la articulación de los diferentes actores que intervienen en estos procesos.

La síntesis de este apartado es el hecho de que la medicina ha pasado de ser una disciplina independiente, que se regulaba a sí misma, y se ha convertido en sujeto de múltiples leyes que determinan quién, cómo, cuándo y dónde se puede ejercer. Todo ello por cuanto se reconoce tanto su valor para la sociedad actual como los peligros que un ejercicio imprudente puede implicar para los pacientes.

Ahora bien, tanto el derecho como la medicina consideran la falibilidad del quehacer médico, por lo que ambas disciplinas se han ocupado de estudiar qué puede entenderse como

error médico y cuáles son sus principales causas. Desde luego que en algunos escenarios existirán diferencias entre lo que el derecho y la medicina interpretan como error médico, no obstante, abordar esta discusión resulta de interés en la medida en que permite ofrecer una perspectiva más amplia del objeto de análisis de la presente tesis.

## 2.2 El error médico

En la ciencia médica se viene hablando del error médico desde hace varias décadas, sin embargo, uno de los estudios que más fuerza dio a la discusión fue publicado en 1999 por el Institute of Medicine de los Estados Unidos<sup>7</sup>. En éste se menciona que para el año 1997 ingresaron a los hospitales de ese país alrededor de 33,6 millones de personas, y se estima que entre 44.000 y 98.000 pacientes murieron como consecuencia de un error médico. Estos números eran insospechados para la época, de ahí la alarma que generó su publicación.

A partir de ese momento, los estudios estadísticos sobre los errores en la *praxis* médica se llevan a cabo con frecuencia, lo que ha permitido disminuir su presencia y su gravedad.

Entonces, ¿qué se entiende por error médico? La respuesta no es para nada sencilla:

El diccionario médico Steadman lo define como: «Un defecto en estructura o función». El Institute of Medicine lo refiere como: «La falla de una acción planeada para ser completada como fue concebida, o el uso de un plan erróneo para lograr un fin». En su artículo «Definiendo el error médico», Grober dice que es: «Un acto de omisión o comisión en la planeación o ejecución, que contribuye o puede contribuir a

---

<sup>7</sup> Institute of Medicine (US) Committee on Quality of Health Care in America, Kohn, L. T., Corrigan, J. M., & Donaldson, M. S. (Eds.). (2000). *To Err is Human: Building a Safer Health System*. National Academies Press (US).



un resultado no intencionado». Por último, la Patient Safety Foundation (PSF) menciona que es: «Un resultado no intencionado causado por un defecto en el cuidado de la salud de un paciente» (Vázquez, 2011, p.50).

Si bien las definiciones varían entre sí, de ellas puede extraerse un elemento esencial, y es que el error médico tiene lugar en el manejo o en la decisión del profesional, y no en una condición de salud propia de la lesión o enfermedad que sufre el paciente, de lo contrario se estaría en presencia de un riesgo inherente que, por regla general, no da lugar a responsabilidad.

En ese sentido, el error médico puede presentarse en cualquiera de las etapas del acto médico, por ejemplo, al momento del diagnóstico al no ordenarse los exámenes adecuados o al interpretarse mal los resultados obtenidos, al momento del tratamiento cuando se administra un medicamento equivocado o cuando hay un error en la dosis de este, en el acto quirúrgico propiamente hablando cuando se ejecuta de forma imperita, etc. Sin embargo, no todo error médico acarrea responsabilidad jurídica y, mucho menos, responsabilidad penal.

Específicamente en materia de error diagnóstico, que es uno de los campos en los que se presentan mayores casos, el Tribunal Nacional de Ética Médica en Colombia, ha explicado:

No se puede pedir a ningún médico, como no se puede hacer con ningún otro miembro de la sociedad, el don de la infalibilidad. De lo contrario, todas las complicaciones posibles y las muertes probables, deberían ser ‘pagadas’ por los profesionales de la salud, lo cual es absurdo. Lo que se juzga no es en realidad un resultado inadecuado, sino si ese resultado se origina en un acto negligente que no sigue las reglas del arte del momento, habida cuenta de la disponibilidad de medios y las circunstancias del momento en el cual se evalúe el caso.

(...)

Ser idóneo es poseer suficiencia o aptitud para desempeñar una función, sin que esto implique infalibilidad, es decir, no se posee la calidad de ausencia de falla, equivocación o engaño. El juicio del médico constituye aquella facultad del entendimiento por la cual se conoce y compara un grupo de manifestaciones clínicas, con el objeto de seguir una conducta. En el ejercicio de la medicina se parte de la base de un principio general de cuidado, el cual implica un aspecto interno (conciencia de las propias limitaciones y capacidades antes de emprender un acto médico) y otro externo (evitar acciones peligrosas y ejercer dentro del riesgo previsto).

Jurídicamente, el error médico está constituido como entidad, por una constelación de datos, hechos, síntomas, pruebas y opiniones, que lo diferencian nítidamente del error común o vulgar que dan nacimiento a responsabilidad civil en otros términos.

Y entre el abanico de posibles opciones, el médico tendrá que escoger la más acertada, como quiera que siempre habrá otra ‘posibilidad’ de interpretar esta realidad compleja. No siendo infalible, el médico puede cometer errores de apreciación, que lo conduzcan a un tratamiento equivocado<sup>8</sup>.

Igualmente se ha mencionado:

La medicina ha tenido grandes avances en el campo de la etiopatogenia, pero lo desconocido (lo idiopático) es colosalmente más amplio. Por esta razón, se mantiene vigente el postulado de sir Willyam Osler, connotado canadiense profesor de Medicina Interna de la Universidad de John Hopkins (EE.UU.) y de Oxford (UK): “Medicine is a science of uncertainty and an art of probability” . El cuerpo humano sigue siendo una

---

<sup>8</sup> Gaceta Jurisprudencial de febrero de 2015. Sala Plena Sesión No. 1023 del 27 de octubre del año 2009. (P. 207-208). Proceso No. 1922 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca. [Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora].

caja de Pandora de la estocástica. Recibir el informe de un título elevado de Ca-125 no conduce al médico a diagnosticar inequívocamente un carcinoma de ovario; simplemente, abre posibilidades tan distintas como una endometriosis severa, una cirrosis, un carcinoma papilar seroso del peritoneo, una falla cardíaca, un aspergiloma pulmonar, o ser simplemente un hallazgo ocasional en una paciente premenopáusica sana, con un dispositivo intrauterino de levonorgestrel. A la incertidumbre de establecer el diagnóstico con el reporte de una prueba sanguínea, se pueden agregar los errores humanos de calibración del equipo, transcripción del informe e interpretación del mismo. La amplia variabilidad de posibilidades diagnósticas que se obtienen al juntar las respuestas del interrogatorio, los hallazgos al examen físico y los informes de las pruebas diagnósticas, se basan en el principio de la incertidumbre. Lo distinto puede ser lo mismo y lo mismo puede ser distinto, vale decir, la alarma de una alteración patológica en un órgano puede manifestarse de diferentes maneras en distintos individuos, o un síntoma como la fiebre puede corresponder a múltiples enfermedades (Alarcón, 2015).

Bajo esta óptica, se debe ser consciente de la imposibilidad de erradicar el error médico de la práctica en general. Al médico, al igual que a ningún otro ser humano, puede exigírsele infalibilidad en su quehacer profesional, por lo que es necesario construir criterios para establecer cuándo el error debe dar lugar a responsabilidad. En el campo del derecho penal esto se logra, fundamentalmente, a través de los criterios que permiten establecer la existencia o no de un desvalor de acción en una conducta determinada y, si bien esto se desarrollará detenidamente en los capítulos posteriores, conviene mencionar desde ya que:

El error en el diagnóstico generará posición de garantía y responsabilidad administrativa, civil y disciplinaria en el evento en que el médico, por ejemplo, se

abstenga de realizar los exámenes necesarios para establecer la situación del paciente. En el evento en que sea directamente el profesional de la salud quien por su propia iniciativa omita la práctica de los exámenes necesarios para establecer, aclarar o modificar el diagnóstico, será él el responsable desde lo civil y asumirá la posición de garantía para efectos de determinar una eventual responsabilidad penal. Por el contrario, en los casos en que la decisión de no aplicar los exámenes diagnósticos provenga de una política institucional, será la respectiva institución quien deba asumir las consecuencias jurídicas de su actuar (Bernate, 2010, p285).

En este punto resulta oportuno reiterar que, por más esmero y dedicación que un médico coloque en su actuar, no puede anular la posibilidad de error, lo que ha conllevado a que la problemática del error se haya convertido en una de las figuras más discutidas y controvertidas en el actual panorama judicial. Los pacientes mantienen unas expectativas casi irracionales sobre las posibilidades curativas de la medicina, por lo que cada vez tienen una menor tolerancia frente a la equivocación médica, y esto, en conjunto con abogados que ven en el médico y sus aseguradoras una gran fuente lucrativa, ha derivado en un incremento sustancial en las demandas, quejas y denuncias interpuestas en contra de los profesionales de la medicina.

Al respecto menciona Vallejo (2012):

La actividad sanitaria se ha convertido en una de las grandes protagonistas de la sociedad moderna. La labor médica ha cobrado una especial importancia, no sólo por los avances científicos desarrollados en esta área de la ciencia, sino también, porque las expectativas sociales respecto su correcta aplicación son cada vez más frecuentes en los usuarios de los servicios de salud, implicando que la intervención judicial por mala *praxis* sea cada vez más común, ya que las demandas y denuncias han aumentado

progresivamente en los últimos años (p.10).

La autora citada relata que algunas de las razones por las cuales se han incrementado las demandas también son, i) un crecimiento notable de la actividad médica, la proliferación de hospitales y clínicas; ii) el progreso de la ciencia médica y la posibilidad de tratar enfermedades que antes eran incurables; iii) la divulgación por los medios de comunicación de los avances médicos con un carácter triunfalista y sin explicar debidamente los porcentajes de éxito y fracaso; y iv) el incremento de normas y de regulaciones al quehacer médico (Vallejo, 2012, p. 11).

Nuestro país, desde luego, no ha sido ajeno al anterior fenómeno. Ya en 2004, López, Manrique y García (2004) advertían que “Las demandas a los médicos se incrementan en una proporción alarmante, presentándose en los últimos tres años el 75 % de los procesos.” (p.37). Igualmente, para el periodo comprendido entre los años 2005 y 2009, Arango, Avendaño y Martínez (2012), encontraron que al CENDES –Centro de Estudios en Derecho y Salud– de la Universidad CES en Medellín, se presentaron 427 solicitudes de dictámenes periciales por posible responsabilidad médica y, aunque finalmente se atendieron solo 143 de las solicitudes, ello demuestra la evidente tendencia a exigir responsabilidad al médico por su ejercicio.

Los dos anteriores estudios muestran, además, que entre las especialidades con mayor número de demandadas se encuentran la cirugía general, la ginecobstetricia, la ortopedia y la anestesiología, lo cual está vinculado con los daños o las lesiones que dan origen al mayor número de reclamaciones. En ambos estudios la muerte y la perturbación funcional se sitúan en los primeros lugares.

Continuando con la tendencia, un nuevo estudio publicado por Restrepo (2015), evaluó el comportamiento de las solicitudes de dictámenes periciales por responsabilidad médica

también ante el CENDES de la Universidad CES en Medellín durante los años 2010 a 2014. En este caso se encontraron 964 solicitudes de dictámenes, una cifra considerablemente superior a la relatada por Arango, Avendaño y Martínez (2012).

En el estudio presentado por Restrepo (2015) se reitera que las especialidades con mayor número de demandas son la ginecobstetricia, la cirugía general y la ortopedia. Llama la atención que a estas les sigue en número la cirugía plástica. De igual forma, Restrepo (2015) indica que nuevamente la muerte y la perturbación funcional son las dos lesiones que originan el mayor número de solicitudes de dictámenes por responsabilidad médica.

Por último, en los tres estudios consultados, se encuentra que las demandas civiles y administrativas son las más frecuentes, mientras que las denuncias penales y las quejas ante los Tribunales de Ética Médica son sustancialmente menores.<sup>9</sup>

Es relevante aclarar que muchos de los resultados dañinos que se presentan como consecuencia de la práctica médica son previsibles, es decir que pueden ser anticipados por el profesional de la medicina. Frente a esta clase de daños, el médico puede exonerarse de responsabilidad siempre que guarde el cuidado debido, le informe al paciente de la posibilidad de que estos ocurran y que, a su vez, éste manifieste su consentimiento ante tales riesgos. Este proceso de asunción de riesgos por el paciente se realiza a través de lo que se conoce como consentimiento informado, el cual puede ser visto desde varias ópticas, toda vez que desempeña un papel diferente en el campo civil, penal y disciplinario. Por lo que, dada su importancia, es necesario hacer una referencia general al mismo.

### **2.3 Aproximación a la noción de consentimiento informado**

---

<sup>9</sup> Véase López, Manrique y García (2004) y Restrepo (2015).

Este tema es, con seguridad, uno de los más estudiados y controvertidos, tanto en el campo de la medicina como en el del derecho, de ahí que sobre el mismo existan debates imposibles de abarcar en esta tesis. Por lo tanto, resulta necesario aclarar que este apartado no tiene como objetivo estudiar el consentimiento informado de manera exhaustiva, lo que se propone con el mismo es identificar qué se entiende actualmente por consentimiento informado, cuáles son sus características y los efectos que tiene cuando se practica adecuadamente.

En Colombia, la Corte Constitucional ha desarrollado una extensa doctrina sobre el consentimiento informado, abarcando temas como el consentimiento de los padres frente a intervenciones en sus hijos menores (T412 del 2004), el consentimiento y la participación de los padres y de los menores en casos de salud sexual y reproductiva (SU337 de 1999), el consentimiento en personas con discapacidad mental (C182 de 2016), el consentimiento en casos de fecundación *in vitro* (T375 de 2016), entre muchos otros. No obstante, la diversidad de aspectos en los que tiene relevancia el tema bajo análisis, el mismo tribunal constitucional ha expresado de forma sintética que:

El consentimiento informado ha sido definido como *“una consecuencia lógica del derecho a la información y el derecho a la autonomía (C.P. artículos 16 y 20). Así, este derecho consiste en ser informado de manera clara objetiva, idónea y oportuna de aquellos procedimientos médicos que afecten en mayor o menor medida otros bienes jurídicos esenciales como la vida y la integridad personal”* (T365 de 2017, cursiva original).

Como se observa, el consentimiento informado es un derecho del paciente y, por lo tanto, un deber del profesional de la salud, el cual radica, fundamentalmente, en brindar información suficiente acerca de los riesgos que un procedimiento médico acarrea para la

vida o integridad de quien se someterá al mismo.

Ahora bien, la información que debe brindarse no puede quedar al arbitrio del médico tratante, toda vez que, al ser un derecho del paciente, el profesional de la salud debe cumplir con algunas exigencias mínimas que dependerán, en gran medida, del caso concreto, por lo que, si bien no pueden brindarse parámetros universales, la misma Corte Constitucional ha explicado que:

(...) el nivel de información necesario para una intervención sanitaria dependerá de: **(i)** el carácter más o menos invasivo del tratamiento, **(ii)** el grado de aceptación u homologación clínica del mismo o su carácter experimental, **(iii)** la dificultad en su realización y las probabilidades de éxito, **(iv)** la urgencia, **(v)** el grado de afectación de derechos e intereses personales del paciente, **(vi)** la afectación de derechos de terceros de no realizarse la intervención médica, **(vii)** la existencia de otras alternativas que produzcan resultados iguales o comparables, y las características de éstas y, **(viii)** la capacidad de comprensión del sujeto acerca de los efectos directos y colaterales del tratamiento sobre su persona.

Cabe destacar que la jurisprudencia reconoce una relación entre el grado de cualificación del consentimiento informado y el alcance de la autonomía del paciente frente al mismo. En otras palabras, entre más cualificado deba ser el consentimiento informado, *“la competencia del paciente para decidir debe ser mayor y aparecer más clara”*. Ello evidencia que el ejercicio de la autonomía del paciente, lejos de ser un concepto absoluto *“depende de la naturaleza misma de la intervención sanitaria”* (C405 de 2016, cursiva original).

La anterior cita permite concluir que el consentimiento informado no es una simple formalidad escrita, antes bien, constituye la materialización del derecho a la autonomía y a



la dignidad del paciente, por lo tanto, la información y el modo en que esta se brinda no puede ser igual para todos los pacientes, en la medida en que nunca es igual su capacidad de comprensión, ni las probabilidades de éxito de la intervención, ni las alternativas o los resultados de no llevarse a cabo la misma<sup>10</sup>.

Las consecuencias de un inadecuado proceso de información al paciente son de gran importancia en los diferentes campos de la responsabilidad médica. Particularmente cabe resaltar la postura de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que menciona:

[L]a omisión de la obligación de informar y obtener el consentimiento informado, hace responsable al médico, y por consiguiente, a las instituciones prestadoras del servicio de salud, obligadas legalmente a verificar su estricta observancia, no sólo del quebranto a los derechos fundamentales del libre desarrollo de la personalidad, dignidad y libertad, sino de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados a la persona en su vida, salud e integridad sicofísica a consecuencia del tratamiento o intervención no autorizado ni consentido dentro de los parámetros legales según los cuales, con o sin información y consentimiento informado, ‘[l]a responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto’ (artículo 16, Ley 23 de 1981), salvo si expone al ‘paciente a riesgos injustificados’ (artículo 15, ibídem), o actúa contra su voluntad o decisión negativa o, trata de tratamientos o procedimientos experimentales no consentidos *expressis verbis*, pues en tal caso, el médico asume los riesgos, vulnera

---

<sup>10</sup> “Uno de los objetivos es que el enfermo sea capaz de asumir una actitud y de tomar decisiones ante los procedimientos (y alternativas) que se le plantean y que le afectan porque se asocian a unos riesgos y a una expectativa de beneficios. La información que recibe el enfermo (la pasiva y la interactiva) supone entrar en el “¿qué?” y en el “¿por qué?” y dar opción expresa para que el paciente pregunte y resuelva o aclare dudas” (Sanz., Del Valle., Fernández., y Ferreira. 2016, p.70).

la relación jurídica y existe relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño.  
(SC, 17 nov. 2011, rad. N.º 1999-00533-01).

Por otro lado, cuando se informa adecuadamente al paciente y éste acepta los riesgos que se crean como consecuencia inherente al tratamiento médico propuesto, el médico se blinda en responsabilidad, incluso en aquellos casos en los que se plasma uno de los riesgos advertidos y consentidos por el paciente, claro está, siempre que el médico haya actuado con la diligencia y el cuidado exigibles.

En conclusión, este primer apartado de la tesis permite afirmar que la medicina ha sido siempre una actividad riesgosa, que si bien persigue un fin noble y altruista como es la recuperación de la salud del paciente, no deja de producir resultados lesivos para bienes jurídicos. No obstante, como se vio en el apartado del error médico, lo determinante no es el resultado lesivo por sí mismo, sino las condiciones que lo rodean; sólo en la medida en que el mismo obedezca a un actuar imperito o imprudente podrá establecerse responsabilidad en cabeza del profesional de la medicina.

Por lo general, en materia penal, los resultados dañinos en el ámbito médico se imputan a título culposo, es decir, su ocurrencia no obedece a una intención directa del médico sino a un descuido negligente que da lugar al incumplimiento de normas técnicas, protocolos, entre otros.

La transgresión de estos parámetros se estudia a partir de la noción de violación a deberes objetivos de cuidado, alrededor de la cual se ha construido tradicionalmente la imputación en el campo imprudente. Lo anterior hace necesario abordar, aunque de forma resumida, la estructura de la tipicidad objetiva en el delito imprudente para, en el capítulo siguiente, explicar cómo la misma se aplica en el escenario de la responsabilidad penal médica en particular.

### 3. APROXIMACIÓN A LA IMPUTACIÓN IMPRUDENTE EN DERECHO PENAL

Las sociedades actuales han sido caracterizadas como sociedades del riesgo, ello en la medida en que los grandes avances industriales y tecnológicos han creado nuevos escenarios de peligro para los bienes jurídicos. Como explica Beck (2008) la velocidad a la que avanza la ciencia y la tecnología da lugar al surgimiento de riesgos inesperados, por lo que “El riesgo adquiere un nuevo carácter porque parte de las condiciones de su cálculo y procesamiento institucional fallan.” (p.23). Lo que, en otras palabras, quiere decir que el desarrollo moderno trae consigo un cúmulo de peligros que no alcanzan a ser previstos y controlados a tiempo.

Esta clase de peligros obedece a un rápido desarrollo tecnológico que desborda la capacidad de regulación del derecho, por lo que, toda vez que los trámites legislativos suponen un debate democrático que necesita de extensos periodos de tiempo, termina por ser el ejecutivo quien, a través de normas de carácter administrativo, regula estos nuevos escenarios.

La imposibilidad de contener estos nuevos riesgos genera que muchos de ellos causen resultados lesivos para bienes jurídicos, resultados que, cabe resaltar, en muchos casos no obedecen a una intención dañina de quienes participan en esta clase de actividades, sino a la negligencia en las medidas de control del riesgo, lo que ha producido una revitalización del delito imprudente en materia penal.

Este derecho penal propio de la sociedad del riesgo, a diferencia de los viejos modelos de derecho penal, no interviene conductas que se muestran *a priori* como de interés para el *ius puniendi*, sino que entra a regular espacios que, en principio, no sólo son permitidos sino que,

además, son socialmente deseados. Como explica Prittwitz (2003):

(...) este Derecho Penal del riesgo se caracteriza además porque el comportamiento que va a ser tipificado no se considera previamente como socialmente inadecuado, al contrario se criminaliza para que sea considerado como socialmente desvalorado. Esta descripción afecta al Derecho Penal medioambiental *in toto* y puede apreciarse también en el Derecho Penal económico, y conduce -en ámbitos distintos a los conocidos y criticados con razón- a una revitalización de la creencia en la fuerza conformador de costumbres en derecho penal (p.260).

Son muchos los escenarios en los que cobra protagonismo este derecho penal del riesgo, principalmente se mencionan, entre otros, el derecho penal económico, el derecho penal ambiental, el derecho penal de la empresa.

En nuestra opinión, la responsabilidad penal médica, aunque desde luego en mucha menor medida, también participa del fenómeno descrito. Esto, por cuanto los significativos avances científicos y tecnológicos que surgen en el campo médico dan lugar a la proliferación de nuevos e importantes riesgos.

De acuerdo con lo expuesto, y de conformidad con la tendencia en la jurisprudencia colombiana, el delito imprudente es la forma en la que se imputa responsabilidad en el marco del ejercicio médico. Resulta interesante resaltar que actualmente la Corte Suprema de Justicia acude en gran medida a la tesis de la imputación objetiva desarrollada principalmente por Claus Roxin, la cual parte de la categoría de riesgo permitido para establecer qué comportamientos son o no de interés para el Derecho Penal. En esa medida, se hace necesario profundizar en la dogmática general de la imprudencia antes de abordar el problema de la responsabilidad penal médica.

El primer punto que merece ser estudiado es la relación de causalidad. Habida cuenta que

los delitos imprudentes en el ámbito médico suelen ser el homicidio imprudente o las lesiones imprudentes, es determinante preguntarse por los criterios para establecer un nexo causal entre la acción y esta clase de resultados.

### **3.1 El nexo de causalidad en materia penal**

En aquellos escenarios en los que el resultado del delito tiene lugar en el mundo exterior o, en otras palabras, recae sobre un objeto material, es necesario establecer un vínculo – causal– entre la acción realizada por el autor y dicho resultado. De acuerdo con la bibliografía revisada se tiene que la discusión sobre el problema causal es, quizás, una de las más importantes y difíciles, no sólo en el campo del derecho penal, sino en el de la atribución de responsabilidad por daños en general<sup>11</sup>.

A pesar de su dificultad, es necesario exponer, por lo menos, las principales teorías que han sido adoptadas en materia penal, particularmente la teoría de la equivalencia de las condiciones y la teoría de la causalidad adecuada.

#### **3.1.1 Teoría de la equivalencia de las condiciones**

De acuerdo con Roxin (1997) esta teoría se remonta al año 1858, no obstante, sólo adquirió verdadera importancia en el plano jurídico hacia 1910, cuando apareció por primera vez en una sentencia del Tribunal Supremo del Reich (p.349). Esta teoría plantea que:

(...) debe considerarse causa toda condición de un resultado que no puede ser

---

<sup>11</sup> Véase: Papayannis, D. (Ed.). (2014). Causalidad y atribución de responsabilidad. Madrid: Marcial Pons.

suprimida mentalmente sin que desaparezca el resultado concreto; es decir, que es válida como causa toda condicio sine qua non, o sea, toda condición sin la cual no se habría producido el resultado (p.347).

Al respecto, Frisch (2009) explica que según esta tesis “son causales todas las circunstancias que han co-condicionado el resultado; estas condiciones son equivalentes. De tal modo, una conducta que interesa desde el aspecto de su causalidad es, en el sentido jurídico, causal de la producción de un resultado determinado, si lo ha co-condicionado.” (p.403). Para ello se afirma la dependencia de un resultado frente a una condición si, de faltar dicha condición, el resultado desaparece. “Es decir que no se puede suprimir mentalmente la acción –tal como reza un conocido experimento mental–, sin que a la vez desaparezca el resultado (concreto).” (P. 404).

De igual forma, Frister (2009) explica que “Según la fórmula de la *condicio sine qua non* aplicada mayoritariamente en la jurisprudencia, una acción es causa del resultado típico, si no puede ser suprimida mentalmente sin que ese resultado desaparezca” (p.481).

Por último, en nuestro país, Velásquez (2004) menciona que la teoría de la equivalencia de las condiciones parte de un concepto de causalidad natural, según el cual,

(...) todas las condiciones del resultado tienen idéntica y equivalente calidad causal; de esta manera, en el homicidio serían causas del resultado no solo la acción de disparar realizada por el agresor, sino, además, las conductas de fabricar el arma y el proyectil, de engendrar al homicida, etc., pues todos esos comportamientos son trascendentes para la producción del resultado muerte (p.269).

De acuerdo con las definiciones traídas a colación, es posible identificar dos elementos estructurales en esta teoría: primero, todas las condiciones son equivalentes frente al resultado, es decir, todas tienen el mismo valor causal y, segundo, el criterio para determinar

la relevancia de una condición es un ejercicio mental según el cual es necesario suprimir la acción y preguntarse si, al hacerlo, el resultado desaparece. Si la respuesta es afirmativa, entonces existe una relación causal, de lo contrario, la misma no se presenta.

A primera vista la fórmula parece más sencilla de lo que en realidad resulta, sin embargo, ha sido fuertemente criticada desde múltiples aristas, por lo que, dada la importancia de las críticas es conveniente hacer un resumen de estas.

- *Crítica de la irrelevancia*: según Barcena (2012), esta teoría no permite identificar, en todas las ocasiones, la causa realmente relevante, en la medida en que todas las condiciones son equivalentes y, por lo tanto, suprimida cualquiera de ellas el resultado habría de desaparecer. Por ejemplo, si A mata a B, es evidente que, si se suprime el nacimiento de A el resultado necesariamente desaparece, no obstante esto es irrelevante de cara a los intereses del derecho.

- *Crítica de la infrainclusión* (Barcena, 2012), *de la causalidad concurrente o alternativa*, (Roxin, 1997): esta crítica radica en la dificultad que tiene esta teoría para explicar aquellos escenarios en los que se presentan dos o más fenómenos vinculados causalmente con el resultado. En un primer grupo de casos pueden identificarse dos causas que individualmente pueden dar origen al resultado, como cuando A y B realizan cada uno un disparo mortal sobre C. Aquí existirían dos cursos causales en capacidad de ocasionar el resultado, por lo que, si se suprime la acción de A el resultado no desaparece puesto que subsistiría la acción de B, y viceversa, si se suprime la acción de B el resultado no desaparece puesto que subsiste la acción de A. Así las cosas, se llegaría a la paradoja de un resultado sin causa.

Por otro lado, se encuentra un segundo grupo de casos en los que concurren dos o más causas que sólo sumadas entre sí dan lugar al resultado. Por ejemplo, cuando A y B disparan sobre C causándole la muerte, pero la misma sólo tiene lugar en virtud de ambos disparos, de tal suerte que uno solo no habría sido mortal. Estos casos son problemáticos en la medida en que ninguna de las acciones por sí sola es causa del resultado, pero si se hace uso del ejercicio mental propuesto la conclusión es que cada una es causa independiente del resultado; en efecto, si se suprime la acción de A el resultado desaparece porque la acción de B es insuficiente y, si se suprime la acción de B, el resultado igualmente desaparece porque la acción de A es insuficiente. Por lo tanto, de acuerdo con la teoría se concluiría que existe una causalidad individual de las acciones de A y B, cuando lo que ocurre en la práctica es que ambas acciones son necesarias para la producción del resultado, en otras palabras, nos encontramos frente a una causalidad acumulativa.

- *Crítica de la insuficiencia* (Barcena, 2012): otro problema que se presenta en relación con la teoría de la equivalencia de las condiciones es que, para que opere adecuadamente, necesita tener claros todos los aspectos de la relación causal, por lo que, por ejemplo, en casos en los que la víctima sufre diversas lesiones y no es posible identificar cuál de ellas fue la causa de la muerte, la teoría no puede operar. Así sucede si A, B y C, de forma independiente, apuñalan a X y no es posible establecer cuál de las puñaladas fue la que causó la muerte. En ese sentido, suprimir la acción de cualquiera de los intervinientes no arroja resultado alguno porque la información – probatoria– con la que se cuenta es insuficiente.

Las mencionadas deficiencias de la teoría de la equivalencia de las condiciones han dado lugar al surgimiento o a la adopción de nuevas tesis. De entre las diferentes propuestas vale



la pena resaltar aquella que se conoce como teoría de la causa adecuada, primero porque ésta tesis solventa los problemas propios de la anterior y, segundo, porque su importancia ha sido tal que hoy en día es usada frecuentemente por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

### **3.1.2 Teoría de la causa adecuada**

También conocida como teoría de la adecuación, se atribuye su origen al médico Johannes v. Kries. Desde esta tesis, sólo puede hablarse de causalidad cuando una conducta, de acuerdo con lo que usualmente ocurre, posee una tendencia a ocasionar el resultado típico, por el contrario, aquellas condiciones que sólo por azar den lugar al resultado son irrelevantes desde el punto de vista del derecho (Roxin, 1997).

Hoy se parte de la base de que una condición es adecuada (o sea, adaptada al resultado) si la misma ha aumentado la posibilidad del resultado de modo no irrelevante, si no es sencillamente inverosímil que la conducta dé lugar a un resultado así (Roxin, 1997, p.360).

Fernando Velásquez (2004) explica que,

Según esta concepción, no toda condición es causa, desde el punto de vista penal, sino aquella que según la experiencia general habitualmente produce el resultado: así, *verbi gratia*, cuando una persona le suministra a otra una dosis de cianuro, la “experiencia general” indica que dicho tóxico produce graves daños orgánicos que pueden ocasionar la muerte, por lo que la acción del autor es adecuada para producir el resultado (...) (p.269).

En materia civil la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que desde el punto de vista de esta teoría:

(...) de todos los antecedentes y condiciones que confluyen a la producción de un resultado, tiene la categoría de causa aquél que de acuerdo con la experiencia (las reglas de la vida, el sentido común, la lógica de lo razonable) sea el más “adecuado”, el más idóneo para producir el resultado, atendidas por lo demás, las específicas circunstancias que rodearon la producción del daño y sin que se puedan menospreciar de un tajo aquellas circunstancias azarosas que pudieron decidir la producción del resultado, a pesar de que normalmente no hubieran sido adecuadas para generarlo<sup>12</sup>.

Como se observa en las definiciones citadas, esta tesis introduce un elemento valorativo en el análisis causal, en la medida en que la causa de un resultado habrá de establecerse según la experiencia, el sentido común, entre otras cosas. Estos criterios, si bien pueden ser de utilidad para resolver algunos de los problemas que se evidencian en la teoría anterior, van más allá de lo que a una teoría causal corresponde. Como explica Roxin, esta tesis no dice cuándo una circunstancia es causal respecto de un resultado, sino que pretende responder qué circunstancias son relevantes desde el punto de vista jurídico y, además, le pueden ser imputadas a una persona (1997, p. 360). No obstante, en el ámbito civil sigue siendo la teoría con mayores adeptos en Colombia.<sup>13</sup>

En materia penal, si bien el aspecto de la causalidad sigue siendo relevante, ha quedado relegado a un plano inferior y, por el contrario, ha cobrado gran importancia el desarrollo de una teoría de la imputación que no resuelva únicamente los problemas propios de la causalidad, sino que además permita establecer, primero, qué acciones son relevantes

---

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Proceso 6878, Sentencia del 26 de septiembre de 2012.

<sup>13</sup> Al respecto véase: Rojas, S. Mojica, J. (2014). De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana, *Vniversitas*, (129), 187-235.

penalmente y, segundo, un vínculo normativo entre dicha acción y el resultado. Como explica la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

El modelo actual de imputación jurídica del resultado de los injustos imprudentes superó el concepto clásico que atendía solamente al nexo de causalidad entre la acción y el resultado, para, en cambio, hacer esa imputación únicamente cuando existiendo dicho vínculo secuencial -entre acción u omisión y daño antijurídico- se compruebe la infracción al deber objetivo de cuidado por parte del sujeto activo del comportamiento delictivo y éste se traduzca en la lesión efectiva del bien jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico penal.

En ese horizonte, únicamente bajo la creación o extensión de un riesgo no permitido por el ordenamiento legal o jurídicamente desaprobado –en relación con las normas de cuidado o reglas de conducta- que finalmente se concrete en la producción del resultado típico, transgresor de un interés jurídico protegido, habrá lugar a la imputación objetiva de aquél.<sup>14</sup>

En relación con el delito imprudente se identifican actualmente dos posibles alternativas. La primera, conocida como teoría de la imputación al tipo objetivo, ha sido formulada por Claus Roxin y ha ganado numerosos adeptos en la dogmática penal actual. La segunda, de corte más tradicional, parte del concepto de inobservancia del cuidado debido como elemento nuclear del tipo objetivo del delito culposo. En nuestro país, la Corte Suprema de Justicia hace uso de ambas teorías, hasta el punto en que en ocasiones mezcla elementos de una y otra:

---

<sup>14</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal Proceso No 32.606 del 24 de octubre de 2012 Magistrado Ponente JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO.

La imputación del delito culposo ha sufrido una suerte de variaciones a lo largo del tiempo. Así, originalmente, la dogmática jurídico penal acudió a la teoría de la causalidad como una forma de culpabilidad generada en la imprudencia, la negligencia o la impericia (artículo 37 del Decreto Ley 100 de 1980), en la que la atribución de la responsabilidad dependía de la conexión ontológica entre la acción desplegada y el resultado causado, valiéndose, para el efecto, de las teorías de la equivalencia, la *conditio sine qua non*, la causalidad adecuada o la relevancia típica. No obstante, aquella trascendió hacia la imputación jurídica del resultado, basada en la infracción al deber objetivo de cuidado (canon 23 de la Ley 599 de 2000), en la que el nexo de causalidad se tiene en cuenta para establecer si el desvalor de resultado, conocido y previsto por el autor, se concretó por el desvalor de la acción, signado, a su vez, por la creación o incremento –no justificado– de un peligro para el objeto de la acción, que, por ende, no puede estar comprendido por el riesgo normativamente permitido.<sup>15</sup>

Como se verá adelante, la noción de infracción o violación al deber objetivo de cuidado es propia de una tesis tradicional del delito imprudente, mientras que el concepto de creación de un riesgo o peligro no permitido es propio de la teoría de la imputación al tipo objetivo de Roxin. Ahora bien, toda vez que la responsabilidad penal médica se suele discutir principalmente bajo el ámbito de la imprudencia y en la medida en que la jurisprudencia hace

---

<sup>15</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso SP2811- del 29 de julio de 2020 Magistrado Ponente: EYDER PATIÑO CABRERA. Postura reiterada en: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 52396 (M.P. EYDER PATIÑO CABRERA; 29 de julio de 2020 - SP2811-2020).

uso de una y otra tesis, se considera pertinente realizar una caracterización de ambas alternativas<sup>16</sup>.

### **3.2 Inobservancia del cuidado debido y nexos de determinación**

Esta postura, a la que se le suele nombrar *teoría tradicional del delito imprudente*, ha sido reseñada por la Corte Suprema de Justicia, en una cita que, si bien es extensa, se considera bastante ilustrativa:

En tratándose del delito culposo, el artículo 37 del Decreto Ley 100 de 1980, lo definía como el hecho punible realizado por el sujeto activo con falta de previsión del resultado previsible o con la confianza de poder evitarlo.

En esa acepción del delito culposo, se consideraba a la imprudencia como una forma de culpabilidad fundada en criterios subjetivos, como la “previsibilidad”, o en los mecanismos generadores de la culpa como la “negligencia” e “impericia”; sin embargo, como tal noción presentaba alguna dificultad para la construcción coherente de una teoría general del delito, la doctrina fue desplazando los criterios de realización del delito culposo hacia aspectos más objetivos, situados en la categoría de la tipicidad, con la introducción y consolidación del concepto de la infracción al deber objetivo de cuidado, noción que igualmente fue acogida en la jurisprudencia de la Corte, al señalar:

---

<sup>16</sup> Esto es reconocido por la Sala Penal, quien ha afirmado: “En los últimos tiempos, dentro de la teoría de la imputación objetiva, se ha venido proponiendo la sustitución del elemento de la infracción del deber objetivo de cuidado por la idea de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, en un intento por superar la atribución del resultado por la mera comprobación de su relación causal con la acción y la omisión, por lo que el juicio de valor se concreta sobre dos momentos diferentes: la creación de un riesgo desaprobado por el ordenamiento jurídico y la realización de dicho riesgo en el resultado. Por lo tanto, resulta importante subrayar que dicho riesgo no existe, en una perspectiva *ex ante*, cuando es permitido por el ordenamiento jurídico.” Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 48801. Magistrada Ponente: PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR; 07 de noviembre de 2018 - SP4815-2018.

“El delito culposo, por su parte, consiste en que la comisión del punible se encuentra acompañada de la omisión del deber de cuidado ya sea por la negligencia, la imprudencia, la violación de reglamentos o la impericia del agente”.

Y que,

“La violación al deber de cuidado objetivo se evalúa siempre dentro de un ámbito situacional determinado, es decir, por medio de un juicio de la conducta humana en el contexto de relación en el cual se desempeñó el actor, y no en el aislamiento de lo que éste hizo o dejó de hacer”.

Al entrar en vigencia la Ley 599 de 2000, el legislador, atendiendo el desarrollo y avances de las dos aludidas fuentes generales de derecho —doctrina y jurisprudencia—, señaló en su artículo 23 que “La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.”<sup>17</sup>

Como se observa en la jurisprudencia, y en lo que también coincide la doctrina<sup>18</sup>, esta teoría se encuentra compuesta por una acción que infringe el deber objetivo de cuidado y un resultado dañino frente al cual no basta la simple relación de causalidad, sino que además es necesario establecer un vínculo normativo, también conocido como nexo de determinación.

---

<sup>17</sup>CSJ SP, 9 agt. 2011, rad.36554- citada en: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso SP4451-2014 Radicado N° 43363 del 9 de abril 2014 Magistrado Ponente: GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ.

<sup>18</sup>“(…) una acción infractora del deber objetivo de cuidado correspondiente al sector de tráfico jurídico al que pertenece el agente y un resultado. Y entre ambos extremos de la relación se debía constatar la existencia de un nexo causal. Además, siempre se ha entendido que debe existir un elemento adicional al nexo causal, pues no se acepta que se pueda derivar responsabilidad penal del mero hecho de que una acción imprudente cause un resultado típico. Como elemento complementario se ha propuesto tradicionalmente el nexo de determinación o de antijuridicidad” (Cadavid, 1999, p.59).

En concreto, el primer elemento de análisis sería la infracción o inobservancia de un deber objetivo de cuidado. Este criterio indica que la imprudencia nace de aquellos comportamientos que se ejecutan de forma descuidada o imperita. De lo que se trata, es de comprender que toda acción puede ser realizada de forma cuidadosa o de forma descuidada, y por lo tanto hay que preguntarse cuál era el nivel de cuidado que, desde el ordenamiento jurídico, se exigía en esa acción. Desde luego que ello está vinculado con la capacidad de lesión de bienes jurídicos que tiene la acción realizada, es decir que, a mayor capacidad de lesión hay, normalmente, una mayor exigencia en el cuidado necesario para su ejecución.

La pregunta por responder es ¿cuándo se ha observado o, por el contrario, cuándo se ha violado el deber objetivo de cuidado? como explica Cadavid (2013):

(...) la doctrina ha desarrollado una serie de criterios auxiliares para determinar si se ha infringido un deber de cuidado o si el riesgo generado con la actuación es desaprobado. En general se trata de criterios de referencia, que indican cual era la actuación debida en la situación concreta, lo cuál permite evaluar la licitud o no del comportamiento (p.100).

El primer criterio, que por su importancia histórica debe mencionarse, es el popularmente conocido como el *hombre medio del mismo sector del tráfico jurídico del autor*. Según Cadavid (2013), este criterio cumple dos tareas, inicialmente permite entender que el carácter imprudente de una determinada acción depende de su coherencia con un modelo deseable de actuación, es decir, con aquella forma de comportamiento que habría adoptado ese hombre medio del mismo sector del tráfico jurídico del autor. En palabras de la Corte:

El criterio del hombre medio, en razón del cual el funcionario judicial puede valorar la conducta comparándola con la que hubiese observado un hombre prudente y diligente situado en la posición del autor. Si el proceder del sujeto agente permanece

dentro de esos parámetros no habrá violación al deber de cuidado, pero si los rebasa procederá la imprudencia siempre que converjan los demás presupuestos típicos.<sup>19</sup>

Por otro lado, es un criterio que permite adecuar los criterios restantes –que se mencionarán a continuación– al caso concreto, esto en la medida en que:

(...) el hombre medio del mismo sector de tráfico jurídico que el autor serviría para corregir los resultados insatisfactorios de la aplicación sin mediaciones normativas de los demás criterios. Este permite explicar por qué en algún caso podría ser imprudente el comportamiento de quien ha observado los preceptos de la *lex artis*, o de la normativa administrativa de control de riesgos, o no serlo el de quien los infringe (Cadavid, 2013, p.137).

El instrumento del hombre medio pretende que la conducta que se estudia se compare con aquella que, a juicio de un observador imparcial, habría llevado a cabo un hombre prudente, del mismo sector del tráfico jurídico, en las condiciones del autor y con los conocimientos con los que se contaba al momento del hecho. En ese sentido, no se trata de una comparación abstracta sino del deber de cuidado que era exigible en el caso concreto<sup>20</sup>.

Un segundo criterio en la tarea por determinar la violación a un deber objetivo de cuidado es el análisis de *reglamentos o normas de control de riesgos*<sup>21</sup>; estos, expedidos con el fin de

---

<sup>19</sup> CSJ SP, 9 agt. 2011, rad.36554- citada en: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso SP4451-2014 Radicado N° 43363 del 9 de abril 2014 Magistrado Ponente: GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ.

<sup>20</sup> “De manera que el deber de cuidado se determinará en consonancia con los requerimientos de cuidado de la actuación desplegada, y no con unas exigencias indeterminadas supuestas en un individuo al que se pudieran atribuir condiciones tan genéricas como las de buen ciudadano, buen padre de familia, o simplemente las de ciudadano medio. Ello implica que la comparación habrá de realizarse, en principio, desde un ámbito situacional específico tomando como baremo a un sujeto que lícitamente pudiera realizar la actividad (por estar facultado para ello por el ordenamiento jurídico) y que la lleve a cabo de manera idónea en relación con lo que le exige el ordenamiento jurídico respecto al control de los riesgos de dicho comportamiento.” (Cadavid, 2013, p.140)

<sup>21</sup> “Las normas de orden legal o reglamentaria atinentes al tráfico terrestre, marítimo, aéreo y fluvial, y a los reglamentos del trabajo, dirigidas a disciplinar la buena marcha de las fuentes de riesgos.” CSJ SP, 9 agt. 2011,



regular actividades peligrosas, tienen la virtud de orientar al juzgador sobre aquello que el ordenamiento jurídico considera cuidadoso o no<sup>22</sup>. Por ejemplo, la norma que establece el límite de velocidad indica un máximo a partir del cual la conducción se considera temeraria o peligrosa. Este criterio resalta que, en distintos sectores del ámbito laboral, profesional, entre otros, se han establecido parámetros para controlar riesgos o peligros inherentes a los mismos, por lo que aquellas personas que se involucran en tales actividades deben, en la medida de lo posible, adecuar su comportamiento a tales prescripciones.

Un tercer criterio conocido como *lex artis*, hace referencia al estudio de aquellas normas expedidas por quienes ejercen una práctica, labor o profesión. Es usual encontrar escenarios en los que las disciplinas se autorregulan a través de reglamentos, protocolos, etc. Particularmente, la medicina es uno de los campos en los que ello sucede, por lo que, dada su importancia para el objetivo de esta tesis, se le dedicará un apartado exclusivo en el capítulo siguiente.

Finalmente, suele acudirse también al principio de confianza como criterio para establecer la violación a deberes objetivos de cuidado, como explica Cadavid (2013):

Una condición básica para la fluidez de los contactos sociales, en una sociedad como la actual, consiste en la posibilidad de confiar en que los demás realizarán su comportamiento de manera ajustada a derecho. La vida social se paralizaría, si a cada momento hubiera que detenerse a constatar la idoneidad de las actuaciones de los

---

rad.36554- citada en: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso SP4451-2014 Radicado N° 43363 del 9 de abril 2014 Magistrado Ponente: GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ.

<sup>22</sup> “La relación entre deber de cuidado o permisión del riesgo y las “normas técnicas”, está condicionada entonces en una medida fundamental por el contenido y finalidad de las últimas. No es lo mismo que una norma ordene unas medidas específicas para el control o neutralización de riesgos, a que su objeto al normar la actividad correspondiente sea otro distinto; serán las normas de la primera clase las que incidan en la desaprobación penal del riesgo” (Cadavid, 2013, p.106).

cointervinientes en la actividad de riesgo, para establecer, de acuerdo con ello, las condiciones en que debiera ejecutarse la propia actuación. (p.129)

Igualmente, este principio ha sido definido por la Corte Suprema de Justicia:

El principio de confianza (...) consiste en que quien se comporta en el tráfico de acuerdo con las normas puede y debe confiar en que todos los participantes en el mismo tráfico también lo hagan, a no ser que de manera fundada se pueda suponer lo contrario.<sup>23</sup>

De acuerdo con lo anterior, se afirma que todo ciudadano tiene derecho a confiar en que las demás personas van a respetar el ordenamiento jurídico. Es por ello por lo que, quien conduce un vehículo, está autorizado a cruzar una intersección en la que lleva la prelación vial sin necesidad de detenerse, por cuanto tiene derecho a confiar que los otros conductores respetarán dicha prelación.

Ahora bien, con los anteriores criterios pretende establecerse si se ha violado o no un deber objetivo de cuidado en el caso concreto, sin embargo, este es tan sólo el primer elemento de la tipicidad objetiva desde la óptica de la teoría tradicional del delito imprudente. El segundo elemento supone la necesidad de establecer un vínculo normativo entre dicha violación previamente evaluada y el resultado concreto.

Ese papel tradicionalmente le ha sido asignado al nexo de determinación. Lo que se busca con este concepto es establecer que el resultado típico además de haber sido causado por la actuación imprudente debe ser consecuencia de la infracción del deber objetivo de cuidado. Ello significa que el sujeto solo será responsable si con una

---

<sup>23</sup> CSJ SP, 9 agt. 2011, rad.36554- citada en: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso SP4451-2014 Radicado N° 43363 del 9 de abril 2014 Magistrado Ponente: GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ.

actuación cuidadosa, el resultado no se hubiera producido (Cadavid, 1999, p. 131).

A través del nexo de determinación se pretende evaluar la eficacia del deber objetivo de cuidado que ha sido infringido, es decir, preguntarse si dicho deber hubiera sido efectivo en el caso concreto para evitar la ocurrencia del resultado lesivo. Como advierte la Corte “la transgresión al deber objetivo de cuidado y el resultado típico deben estar vinculados por una relación de determinación, es decir, la vulneración del deber ocasiona el resultado”<sup>24</sup>.

En la actualidad, esta teoría tradicional del tipo imprudente ha venido siendo reemplazada por la teoría de la imputación al tipo objetivo de Roxin. No obstante, en el ámbito jurisprudencial aún suele emplearse, como se tuvo oportunidad de ver a partir de las sentencias citadas.

### **3.3 Teoría de la imputación al tipo objetivo**

En los delitos de resultado material la causalidad es un elemento necesario pero insuficiente, en la medida en que no toda relación causal interesa al derecho penal. Como lo menciona la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

La jurisprudencia viene insistiendo que para constatar la causalidad natural se requieren unas pautas mínimas, por lo tanto, jamás serán suficientes para la atribución de un resultado antijurídico. Conforme con esto, una vez determinado el nexo, es imprescindible confrontar si por causa del agente se creó o incrementó el riesgo jurídicamente desaprobado para la producción del resultado. Conforme a estos

---

<sup>24</sup> CSJ SP, 9 agt. 2011, rad.36554- citada en: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso SP4451-2014 Radicado N° 43363 del 9 de abril 2014 Magistrado Ponente: GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ.

postulados, comprobada la necesaria causalidad natural, la imputación del resultado requiere además verificar si la acción del autor ha generado o incrementado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado lesivo.<sup>25</sup>

En ese sentido, la teoría de la imputación al tipo objetivo<sup>26</sup> surge con la finalidad de indicar qué relaciones causales constituyen una acción típica. Para ello, Roxin (1997) explica que un resultado que ha sido causado por una persona sólo puede imputarse objetivamente, primero, si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico y, además, este peligro es uno de los no permitidos por el ordenamiento jurídico, y segundo, es indispensable que ese peligro se haya plasmado en el resultado concreto. “En resumen, pues, se puede decir que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo” (Roxin, 1997, p.364).

Igualmente, sobre esta tesis se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia:

En la doctrina penal contemporánea, la opinión dominante considera que la realización del tipo objetivo en el delito imprudente (o, mejor dicho, la infracción al deber de cuidado) se satisface con la teoría de la imputación objetiva, de acuerdo con la cual un hecho causado por el agente le es jurídicamente atribuible a él si con su

---

<sup>25</sup> Sentencia del 28 de octubre de 2009, radicación 32.582, citada en Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso Rad. 33920 del 11 de abril de 2012 Magistrado Ponente: AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN.

<sup>26</sup> “En ese escenario (imputación objetiva) la jurisprudencia de la Corte tiene dicho que el resultado puede serle atribuido al agente siempre que haya creado o incrementado un riesgo jurídicamente desaprobado, el cual se concreta en el resultado típico.

En lo atinente a la estructuración de conductas punibles imprudentes en el ejercicio de la profesión médica, la teoría también ha sido acogida por la jurisprudencia de la Sala, ante la insuficiencia de la causalidad natural en ciertos casos para atribuir un resultado antijurídico. Conforme con esto en SP 28 Oct 2009 Rad. 32582, puntualizó que una vez determinado el nexos, es imprescindible confrontar si por causa del agente se creó o incrementó el riesgo jurídicamente desaprobado para la producción del resultado. De esa manera, comprobada la necesaria causalidad natural, la imputación del resultado requiere verificar si la acción del autor generó o incrementó un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado lesivo.” Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 46766. Magistrado Ponente: JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA.

comportamiento ha creado un peligro para el objeto de la acción no abarcado por el riesgo permitido y dicho peligro se realiza en el resultado concreto.<sup>27</sup>

Entrando en materia, el primer elemento que según la teoría de Roxin integra la imputación objetiva es la creación de un riesgo no permitido. Este criterio tiene como objetivo identificar si el comportamiento enjuiciado se sale de los cauces de lo autorizado por el derecho y se torna peligroso para bienes jurídicos. Siguiendo al autor citado se tiene:

- *La exclusión de la imputación en caso de disminución del riesgo:* puede haber lugar a la causación de un resultado dañino y, a pesar de ello, una vez se evalúa la situación se encuentra que lo que realmente tuvo lugar fue una disminución de un peligro preexistente para la víctima. “Quien ve cómo una piedra vuela peligrosamente hacia la cabeza de otro y, aunque no la puede neutralizar sí logra desviarla a una parte del cuerpo para la que es menos peligrosa, a pesar de su causalidad no comete unas lesiones (...)” (Roxin, 1997, p.365). Igual sucedería con el médico que, para salvar la vida de su paciente, debe amputar una de sus extremidades. Este tipo de casos no pueden solucionarse desde el punto de vista de la causalidad, por lo que es necesario realizar una evaluación normativa acerca de la entidad del riesgo que se crea.

- *La exclusión de la imputación si falta la creación de peligro:* también se excluye la imputación si la conducta del autor no crea un peligro jurídicamente relevante. Es decir, la sociedad actual realiza actividades peligrosas, pero socialmente admitidas, lo que implica que, “Incluso aunque tales conductas en situaciones excepcionales puedan dar lugar a un accidente, el Derecho no toma en cuenta los

---

<sup>27</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso Rad. 33920 del 11 de abril de 2012 Magistrado Ponente: AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

mínimos riesgos socialmente adecuados que van unidos a ellas, por lo que de entrada no es imputable una causación del resultado producida por las mismas.” (Roxin, 1997, p.366). Por ejemplo, quien invita a otro a ir de campamento, no crea un peligro si resulta que el invitado se lesiona mientras camina hacia el lugar del camping. Como menciona la Corte Suprema de Justicia:

No provoca un riesgo jurídicamente desaprobado quien incurre en una “conducta socialmente normal y generalmente no peligrosa”, que por lo tanto no está prohibida por el ordenamiento jurídico, a pesar de que con la misma haya ocasionado de manera causal un resultado típico o incluso haya sido determinante para su realización.<sup>28</sup>

- *Creación de peligro y cursos causales hipotéticos*: aquí se trata un problema que ya se explicó cuando se abordó el problema de la causalidad, y es el referente a la posibilidad de un actor sustituto, es decir, a la existencia de otra persona que pudiera estar dispuesta a llevar a cabo la acción que genera el resultado. Situación que se ejemplifica con los casos de fusilamientos durante la guerra o el caso de los guardias del muro de Berlín, en los que se contaba con la posibilidad de otros autores que llevaran a cabo la conducta. En estos casos, se afirma que no es posible excluir la imputación por cuanto “El resultado realizado es la realización de un peligro creado exclusivamente por el autor, y eso es lo único que por la razón indicada puede tenerse en cuenta bajo aspectos normativos.” (Roxin, 1997, p.368).

---

<sup>28</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso SP4451-2014 Radicado N° 43363 del 9 de abril 2014 Magistrado Ponente: GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ.

- *La exclusión de la imputación en los casos de riesgo permitido*: existen escenarios en los que la persona crea un riesgo con cierta relevancia jurídica, sin embargo, el mismo puede estar permitido. Se entiende por riesgo permitido “una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo” (Roxin, 1997, p.371). Dentro de esta clase de riesgos suele encontrarse el tráfico automotor y, por qué no, el ejercicio de la medicina, puesto que, como se explicó en páginas anteriores, la medicina genera ciertamente resultados dañinos para bienes jurídicos, no obstante, por regla general los mismos se encuentran dentro del ámbito del riesgo permitido, por lo que en consecuencia se excluye la imputación.

En general, puede concluirse que el primer requisito de la imputación al tipo objetivo pretende evaluar el comportamiento del autor en relación con el riesgo o peligro que genera para un bien jurídico, y preguntarse si dicho riesgo es relevante para el derecho por considerarlo no permitido o si, por el contrario, hace parte de esa clase de riesgos que se consideran aceptados socialmente en la medida en que, a nivel de sociedad, aportan mayores beneficios que perjuicios. En últimas,

Le es imputable al agente un determinado resultado (imputación jurídica u objetiva) si con su comportamiento despliega una actividad riesgosa, es decir, va más allá del riesgo jurídicamente permitido o aprobado. Si así actúa, entra al terreno de lo jurídicamente desaprobado porque crea un riesgo no permitido, y el resultado dañoso le será atribuible si, además del ejercicio de la actividad riesgosa y la superación de un riesgo permitido, el resultado antijurídico tiene vínculo con dichos antecedentes.

Dicho de otra forma, a la asunción de la actividad peligrosa debe seguir la superación del riesgo legalmente admitido y a éste, en perfecta ilación, el suceso fatal.<sup>29</sup>

El segundo elemento que integra la imputación al tipo objetivo es la realización del riesgo no permitido. Aquí se pretende vincular, normativamente, la acción calificada anteriormente como riesgosa o peligrosa, con el resultado lesivo para el bien jurídico. Ello se logra, fundamentalmente, verificando que el riesgo que se ha creado sea el mismo que se ha plasmado en el resultado.

- *La exclusión de la imputación si falta la realización del peligro:* para afirmar la imputación objetiva es necesario comprobar que el resultado sea consecuencia del riesgo no permitido, de lo contrario no podrá concluirse la responsabilidad.

Aquí se cuentan sobre todo los casos en que un delito doloso en un primer momento se queda en fase de tentativa, pero después acaba provocando el resultado como consecuencia de un curso causal imprevisible; un ejemplo de ello nos lo da el caso demostrativo en que la víctima de una tentativa de homicidio no muere en el propio atentado, sino en un incendio en el hospital (Roxin, 1997, p. 373).

Puede afirmarse entonces que, la mera casualidad, aun cuando conduzca al resultado, es insuficiente para imputar responsabilidad.

- *La exclusión de la imputación si falta la realización del riesgo no permitido:* como se ha mencionado ya, en materia de imputación es indispensable que se supere el límite de lo permitido. Sin embargo, en muchos casos, a pesar de que existe dicha

---

<sup>29</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso Rad. 39023 del 16 de noviembre de 2013  
Magistrado Ponente: JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO.



superación, ésta no repercute en el resultado, por ejemplo, se plantea el caso de un conductor que origina un accidente toda vez que, mientras iba a exceso de velocidad, sufre una avería mecánica imprevisible que le hace perder el control del vehículo por lo que les causa lesiones a otros intervinientes en el tráfico. En un caso como estos, si bien es cierto que ha tenido lugar una acción no permitida –conducir a exceso de velocidad– la misma es irrelevante a los efectos del resultado, puesto que el peligro no tuvo origen en la misma sino en una circunstancia fortuita.

- *La exclusión de la imputación en caso de resultados que no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado:* explica Roxin (1997) que existen ciertos supuestos en los que la superación del riesgo permitido, de entrada, ha aumentado claramente el peligro de un resultado como el que se ha presentado. Sin embargo, no puede tener lugar la imputación de este por cuanto la norma infringida no cubría, o mejor, no abarcaba esa clase de resultado. Como ejemplo puede mencionarse quien, en una zona escolar cuyo límite de velocidad es de 20 km/h, transita con su vehículo a las tres de la mañana a 40 km/h, momento en el cual se cruza un borracho que no es posible esquivar. En un caso como estos, en efecto se está sobrepasando el riesgo permitido, no obstante, la norma que limita la velocidad no está pensada para proteger borrachos a las 3 am, sino para cuidar a los estudiantes en horario escolar, por lo tanto, dicho escenario no se encuentra cubierto por el fin de protección de la norma.

- *Conducta alternativa conforme a Derecho y teoría del incremento del riesgo:* en este espacio, Roxin (1997, p.379) aborda un problema que va más allá de los objetivos de esta tesis, pero que de forma resumida hace referencia a aquellos escenarios en los que se ha infringido una norma de cuidado; no obstante, cuando se

imagina ese mismo comportamiento bajo el supuesto de que se cumple la norma de cuidado, no se sabe si ésta hubiera sido idónea o no para proteger el bien jurídico, es decir, existen dudas acerca de su eficacia en el caso concreto. En estos escenarios, el autor citado propone acudir a un criterio que denomina *teoría del incremento del riesgo*, según el cual todo incremento no justificado del riesgo hace recaer las consecuencias sobre el autor.

Es importante advertir que la tesis construida por Roxin aborda otros aspectos que aquí no se han mencionado, por ejemplo, la discusión referente al ámbito de aplicación del tipo penal. La omisión intencional de algunos aspectos o tópicos de la teoría se explica en el hecho de que no son necesarios de cara a los objetivos planteados en esta monografía. Por lo que en este capítulo se ha pretendido hacer una reseña sólo de aquellos aspectos de importancia en relación con el problema a tratar a continuación, que es, la violación a deberes objetivos de cuidado o la creación de riesgos jurídicamente desaprobados en el ámbito de la responsabilidad penal médica en Colombia.

#### **4. EL COMPORTAMIENTO PENALMENTE IMPRUDENTE EN EL ÁMBITO MÉDICO: CRITERIOS PARA SU DETERMINACIÓN**

Como se mencionó en el capítulo inicial, el ejercicio de la profesión médica puede acarrear responsabilidad en múltiples sectores del ordenamiento jurídico como el civil, el penal y el disciplinario; cada uno de ellos, conforme el paso del tiempo y el aumento de litigios y de procesos, ha ido perfilando los elementos que se requieren para establecer responsabilidad. Así las cosas, hoy es posible encontrar textos, como tratados o manuales, dedicados a la responsabilidad civil médica o a la responsabilidad penal médica.

En el caso del derecho penal, se han venido construyendo una serie de criterios que complementan el juicio de tipicidad que se ha explicado en el capítulo anterior. Esto, por cuanto el ejercicio de la medicina es tan complejo que resulta indispensable interpretar las categorías del delito a la luz de la actividad sanitaria. En ese sentido, se encuentran obras dedicadas a discutir el problema de la autoría y la participación en la responsabilidad médica, otras se ocupan de abordar la incidencia del consentimiento informado como causal de ausencia de responsabilidad, entre otros.

Esta tesis se ha propuesto abordar la discusión sobre los criterios que en la responsabilidad penal médica se usan para establecer si un acto médico viola un deber objetivo de cuidado o crea riesgos jurídicamente desaprobados. Los criterios encontrados parten, desde luego, de los explicados en el capítulo anterior, pero se adecúan a las particularidades de esta clase de responsabilidad profesional.

Ahora bien, antes de abordar los criterios es importante mencionar cómo se entiende el deber de cuidado en la responsabilidad penal médica, toda vez que, en cierta medida, difiere de la noción tradicional de deber de cuidado al ser más precisa y, quizás, más exigente.

#### **4.1 Deber de cuidado en el ámbito médico**

En materia sanitaria, el concepto de cuidado cobra particular importancia, por cuanto la decisión médica más simple, como podría ser el prescribir una aspirina, entraña riesgos que pueden afectar la salud del paciente. Esta afectación podría llegar a ser imputada al médico tratante en caso de demostrarse que obedeció a una decisión *descuidada* de su parte<sup>30</sup>. Es por

---

<sup>30</sup> Básico y fundamental en orden a la declaración de responsabilidad penal tratándose de la imputación de delitos culposos, lo constituye la posibilidad demostrada de atribuir al sujeto agente el incumplimiento del deber

este motivo que en el campo penal se debate asiduamente sobre cómo debe entenderse el llamado *deber de cuidado*. Al respecto, Vallejo (2012) expresa:

Así las cosas, la definición de deber de cuidado se puede adecuar al ámbito médico indicando que éste debe entenderse como un conjunto de obligaciones, de comportamientos que exigen en el profesional de la salud comportarse de conformidad con los estándares normativos de su profesión (p.45).

El deber de cuidado es, de acuerdo con la doctrina actual, un concepto normativo<sup>31</sup>, que supone llevar a cabo el comportamiento bajo aquellas medidas necesarias para evitar que con su ejecución pueda dañarse o ponerse en peligro al paciente o, en su defecto, abstenerse de ejecutar un comportamiento cuando no se tiene la capacidad de evitar que con el mismo se ponga en riesgo injustificado la vida o salud de la persona. Por lo que, “en los casos en que no se puedan garantizar las condiciones mínimas de seguridad para los bienes jurídicos que exige el ordenamiento jurídico, en aras de propiciar su indemnidad, o la reducción a mínimos tolerables de los riesgos asociados a la actuación, el sujeto deberá abstenerse de realizar el comportamiento.” (Cadavid, 2013, p.89).

Se observan entonces dos manifestaciones del deber de cuidado, la primera, un mandato de actuación cuidadoso, en el sentido de ejecutar el acto médico de forma prudente, evitando

---

objetivo de cuidado, con lo cual se introduce un elemento normativo en esta clase de delitos que debe ser valorado en el propio momento de constatarse la tipicidad de la conducta, quedando la posibilidad de actuar de diversa manera para ser estudiada en sede de culpabilidad. Por lo tanto, no tiene hoy cabida entre nosotros el criterio original de causalidad que posibilitaba cualquier clase de imputación, sino que un resultado lesivo sólo puede ser objetivamente imputado, siempre y cuando dicho resultado sea previsible y viole el deber objetivo de cuidado y esa vulneración sea a la postre la que materialice el evento producido.” Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad.37249 Magistrado Ponente: Luis Guillermo Salazar Otero; 30 de noviembre de 2011.

<sup>31</sup> “Un sector de la doctrina suele distinguir entre deber de cuidado interno y deber de cuidado externo. El primero de ellos se encuentra compuesto por la previsibilidad, es decir, se exige del sujeto que infringe el deber de cuidado la posibilidad de prever el resultado que está causando con su comportamiento indebido. Mientras que el deber de cuidado externo se encuentra conformado por la obligación que se le impone al sujeto de comportarse y actuar dentro del riesgo permitido exigido dentro del contexto social.” (Vallejo, 2012, p.47).

lesionar o poner en peligro al bien jurídico; la segunda, un deber de abstención, en la medida en que no deben llevarse a cabo comportamientos para los que el profesional no se encuentre capacitado.

Ahora bien, esto no quiere decir que nunca pueda someterse al paciente a un riesgo, sino que sólo debe someterse a aquellos riesgos que sean necesarios para restablecer su salud. La Ley 23 de 1981 menciona al respecto: “Artículo 15. El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados (...)”, norma que debe interpretarse en concordancia con lo dispuesto por el Decreto 3380 de 1981, actualmente compilado en el Decreto 780 de 2016, que menciona “Artículo 2.7.2.2.1.1.9 Riesgo injustificado. Se entiende por riesgos injustificados aquellos a los cuales sea sometido el paciente y que no correspondan a las condiciones clínico-patológicas del mismo.”

De lo anterior se desprende que en el ejercicio médico existen tanto riesgos justificados como riesgos injustificados. Un paciente podrá ser sometido a los primeros siempre que la actuación sea llevada a cabo cumpliendo el *deber de cuidado*<sup>32</sup>.

Surge entonces la necesidad de establecer criterios que indiquen cuándo un acto médico ha cumplido con ese deber de cuidado y cuándo no<sup>33</sup>. En medicina, la *lex artis* es la fuente

---

<sup>32</sup> “El deber de adoptar medidas de precaución para evitar la afectación de bienes jurídicos, no implica, sin embargo, que los conceptos de cuidado y de absoluta evitación de riesgos sean equiparables, pues el sistema jurídico acepta que de relaciones o “contactos” sociales lícitos puedan surgir riesgos con relevancia social, inevitables en virtud de la ejecución misma de esas actuaciones, y por esa razón aceptados. El concepto de riesgo permitido posibilita explicar la licitud del riesgo remanente a pesar de la adopción de medidas de neutralización de la peligrosidad.” (Cadavid, 2013, p.89).

<sup>33</sup> “Realmente en cuanto al concepto de deber de cuidado no existe mayor dificultad; el problema surge respecto de la determinación de su contenido y las fuentes del deber de cuidado, toda vez que en el campo sanitario, los conocimientos y las disposiciones establecidas por la comunidad no tienen un cuerpo de doctrina estable, son difíciles de determinar, además porque el conjunto normativo se proyecta para un determinado momento histórico -habrá que observar las atendiendo al tiempo en el que se presentó el comportamiento descuidado - por lo tanto, las normas del deber de cuidado en la actividad sanitaria adquieren un contenido, como es natural, variable.” (Vallejo, 2012, p.47).

de mayor importancia al momento de hablar de deberes de cuidado<sup>34</sup>, sin embargo, en este ámbito no es tan clara la distinción que se explicó en el capítulo anterior entre normas de control de riesgos y *lex artis*. Aquí se va a entender que, en términos generales, la *lex artis* hace parte de todo un conjunto de reglas de actuación o de mandatos, al cual Rodríguez (2012) hace referencia con el nombre de reglas de cuidado, mientras que Cadavid (2013) las llama normas técnicas de control de riesgos.

Las normas o reglas técnicas se expiden para reglamentar la realización de ciertas actividades que se consideran riesgosas o peligrosas. Como ejemplo suelen citarse el transporte de mercancías, la administración y el manejo de sustancias u objetos peligrosos como residuos radiactivos o nucleares, entre otras. Con estas reglas técnicas se busca permitir el normal desarrollo de dichas actividades y mantener bajo control los riesgos inherentes a su ejecución.

Las reglas técnicas tienen origen tanto en fuentes de orden jurídico como extra-jurídico; ejemplo de las primeras serían aquellas que se expiden para el tráfico automotor, mientras que las segundas provienen de asociaciones, federaciones u otros organismos (Rodríguez, 2012, p.85).

Las reglas técnicas que versan sobre el ejercicio de la medicina tienden a incluirse bajo el concepto de *lex artis*. Sin embargo, aunque la noción de *lex artis* pareciera sencilla y fácil de establecer, la realidad es que entraña grandes dificultades, partiendo desde su definición hasta los criterios para establecer su aplicación al caso concreto.

---

<sup>34</sup> “Para determinar el deber de cuidado jurídico penalmente relevante respecto a las acciones que se llevan a cabo en la actividad sanitaria, es necesario, acudir a las reglas de cuidado que rigen aquel. En relación con la medicina estas reglas de cuidado, conocidas generalmente como *lex artis*, presentan características propias y peculiares debido precisamente a las particularidades tan especiales del sector que regulan.” (Rodríguez, 2012, p.98).

A ello se suma que la medicina cambia constantemente, por lo que el cuerpo de conocimientos que hoy la integran puede variar profundamente en un corto período de tiempo. Por lo tanto, es importante aclarar desde ya que la *lex artis* no es el único criterio, no obstante, termina por ser el más importante, lo que hace necesario dedicar un apartado de este capítulo a estudiar lo que la doctrina y jurisprudencia entienden por el mismo.

#### **4.2 *Lex artis***

El término *lex artis* no es de fácil definición; tradicionalmente se ha vinculado su uso con las reglas propias del ejercicio de la profesión médica, aunque actualmente se extiende a los demás ámbitos profesionales, como la ingeniería, la arquitectura, la química, y no sólo a los del área de la salud. Ahora bien, esa noción de reglas propias del ejercicio de la profesión realmente no dice mucho de aquello que debe entenderse por *lex artis*, como menciona Rodríguez (2012):

Así, unas veces se utiliza para referirse a reglas no escritas, fruto de la común experiencia, que rigen en una determinada actividad. Otras, en cambio, sirve para designar tanto reglas escritas como no escritas. En no pocas ocasiones es la expresión preferida para hablar de las reglas de cuidado elaboradas por los propios intervinientes en la actividad peligrosa, en contraposición a las reglas emanadas de los poderes públicos. Casi siempre parece designar normas técnicas, aunque algunos autores afirman que también incluye reglas deontológicas. Se suele ligar a ámbitos científicos, entendiendo que constituye una síntesis de las máximas científicas vigentes en aquellos (p.98).

La indeterminación o vaguedad del término bajo análisis, obliga a preguntarse por los usos que se hacen del mismo y cuál de ellos resulta adecuado desde el punto de vista del derecho penal, lo cual puede o no coincidir con el uso que se haga del mismo en otros espacios jurídicos como el civil o el disciplinario. Sobre el particular la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha mencionado que, en materia médica, la *lex artis* debe entenderse como “el conjunto de reglas científicas o de la experiencia, verificables y actuales, que integran el conocimiento aprobado por la comunidad científica”<sup>35</sup>

Esta definición coincide en cierta medida con la de Rodríguez (2012), quien entiende que la *lex artis* médica es el conjunto de reglas técnico-científicas, de carácter general, aprobadas por la comunidad científica, agregando, además, que éstas adquieren el carácter de reglas de cuidado. Por su parte, Cadavid (2013) menciona que “El conjunto de conocimientos acendrados (documentados o no), aceptados por la comunidad profesional, para el manejo de determinadas situaciones, en el caso de la actividad médica para el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades o dolencias de los pacientes, integra lo que se conoce como *lex artis*.” (p.113).

Uno de los factores que hace tan complejo el concepto de *lex artis* es su constante cambio. La medicina es uno de los campos científicos en los que más se investiga; universidades, institutos científicos, hospitales y empresas privadas dedican grandes recursos económicos al estudio de enfermedades, tratamientos, medicamentos, entre otros, lo cual tiene como resultado que año tras año se actualicen los conocimientos sobre ciertas enfermedades, y con ello cambien también los medios o, en general, la forma en que se abordaba su tratamiento.

---

<sup>35</sup> Proceso n° 41245 SP8759-2016 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal Magistrado Ponente JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO. 29 de junio de 2016.



Pero, lo más relevante, es que al profesional de la salud se le exige actualizar su conocimiento para que, en esa medida, pueda ajustar su comportamiento a la *lex artis*.

En relación con cuál es el contenido de la *lex artis*, surge la necesidad de diferenciar entre normas de orden técnico y normas de carácter deontológico, esto por cuanto la doctrina se encuentra dividida entre si el término bajo estudio comprende ambas clases de normas o si, por el contrario, es pertinente distinguir entre unas y otras.

Como se mencionó en el capítulo inicial, en el ámbito colombiano la Ley 23 de 1981 o Código de Ética Médica, trae consigo una serie de normas que repercuten en el ejercicio médico, por lo que es necesario preguntarse si –desde el punto de vista penal– las mismas hacen parte o no de la *lex artis*. En relación con esta discusión, aunque para el contexto español, Rodríguez (2012) afirma:

(...) en mi opinión, la Lex artis, definida como el conjunto de normas técnicas que rigen la actividad médico sanitaria, no comprende normas de naturaleza deontológica, la mayoría de los casos regulan la función médica atendiendo a consideraciones de corte ético. Las normas éticas recogidas en códigos deontológicos tienen como finalidad primordial establecer las pautas de comportamiento del médico en relación con su paciente, en relación con otros profesionales sanitarios y con la propia profesión. Constituyen, en general, una declaración de principios que ordena para abstracto el quehacer del médico (p.119).

El análisis anterior expone adecuadamente las finalidades de una norma como la Ley 23 de 1981, puesto que, en efecto, en ésta se regula la relación del médico con su paciente, con sus colegas y con la sociedad en general. Sin embargo, nada se dice de cómo debería actuar un médico en un caso concreto como, por ejemplo, ante un infarto agudo de miocardio o ante un cuadro de apendicitis. Por el contrario, las normas técnicas sí le dicen al profesional de la

salud qué hacer y qué no hacer en dichos casos, proporcionando con ello un parámetro de evaluación de la conducta, en la medida en que facilita conocer si la persona se ajustó o no a las normas que le indican cómo actuar ante determinado cuadro clínico.

Lo anterior no quiere decir que las normas éticas sean irrelevantes, por el contrario, pueden ser de utilidad como un criterio adicional para evaluar si un médico guardó o no el deber objetivo de cuidado, como cuando en el artículo 10 de la Ley 23 se ordena al médico que dedique a su paciente el tiempo necesario para evaluarlo<sup>36</sup>, toda vez que, de no hacerlo, el mal diagnóstico que se derive de una ligereza en su examen podría hacerlo responsable por los daños que le sean inherentes. Así las cosas, lo que se quiere es diferenciar ambas clases de normas y con ello despejar el contenido del término *lex artis*.

Ahora bien, si se parte del punto de que la *lex artis* está integrada sólo por normas técnicas, es importante aclarar que por estas se entienden las guías o manuales de práctica clínica que en nuestro país publica el Ministerio de Salud, los protocolos o guías que expiden las instituciones clínicas u hospitalarias, así como también la literatura científica que se ocupa de indicar los procedimientos aceptados en la comunidad científica para el diagnóstico y tratamiento de una enfermedad.

Adicionalmente, se debe resaltar que no sólo los métodos diagnósticos o de tratamiento que son respaldados de forma mayoritaria son los tenidos en cuenta como *lex artis*, toda vez que es posible hallar métodos minoritarios que, apoyados en la experiencia, demuestran eficacia ante el diagnóstico y tratamiento de determinadas enfermedades. Este punto es relevante aclararlo porque en el panorama médico actual viene cobrando importancia lo que

---

<sup>36</sup> Artículo 10: El médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente.

se conoce como medicina alternativa, la cual pone a disposición de los pacientes medios, tratamientos, medicamentos, entre otras cosas, que no se corresponden necesariamente con los elegidos por la mayoría de la comunidad médica, pero que no por ello se tornan peligrosos<sup>37</sup>.

Por otro lado, hay que mencionar que la aplicación de la *lex artis* no es tampoco una cuestión sencilla, como explica la Sala Penal del máximo tribunal de lo ordinario:

Entendida la *lex artis* como el conjunto de reglas científicas o de la experiencia, verificables y actuales, que integran el conocimiento aprobado por la comunidad científica, es preciso decir (...) que estas no pueden ser rígidas y aplicables por igual para todos los casos; su implementación e idoneidad dependerá de las circunstancias concretas que singularizan cada caso: no solo por la complejidad inherente al propio acto médico, sino también por las características del profesional que lo lleva a cabo (su especialidad, experiencia, criterio), la incidencia en los posibles resultados de ciertos factores como los antecedentes del propio paciente –incluidos los familiares–, los obstáculos o facilidades que ofrezca la organización sanitaria y la trascendencia vital que para el paciente conlleven las consecuencias del acto médico.<sup>38</sup>

Como se observa, su adecuación al caso concreto está rodeada de múltiples factores entre los que se encuentran el profesional de la salud, el paciente, la institución hospitalaria, entre otros. Es por ello que, si bien este criterio es de vital importancia a la hora de establecer el

---

<sup>37</sup> Sobre este aspecto menciona Rodríguez (2012) “Así pues junto con los métodos ortodoxos seguidos por la mayoría de la ciencia médica como apoyándose en la experiencia y en datos estadísticos que corroboran su eficacia ante determinadas enfermedades, pueden existir métodos minoritarios igualmente válidos, en el sentido de reconocidos y admitidos por la comunidad científica, pero no seguidos (no utilizados) mayoritariamente por diversas razones que no tienen por qué ser estrictamente médicas (pueden ser económicas, morales, religiosas, etcétera.)” (p.129).

<sup>38</sup>Proceso nº 41245 SP8759-2016 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal Magistrado Ponente JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO. 29 de junio de 2016.

deber de cuidado, no debe tomarse más que como un indicio, de lo contrario podría llevar a equiparar *lex artis* con *deber de cuidado*<sup>39</sup>.

Desde luego, la *lex artis* no es el único criterio al cual se acude para establecer la violación a un deber objetivo de cuidado o la creación de riesgos jurídicamente desaprobados. Junto a ella se encuentra otro instrumento de vital trascendencia como lo es el principio de confianza, el cual se explica a continuación.

### **4.3 Principio de confianza en materia médica**

Como se mencionó en el capítulo anterior, este principio suele ser usado para establecer si un comportamiento ha sido o no imprudente. Esencialmente se trata de un criterio que indica que las personas tienen el derecho a confiar que los demás adecuarán su comportamiento de acuerdo con lo exigido por el ordenamiento jurídico, sin que deban estar constatando que, en efecto, ello haya sido así. Esto se torna sumamente relevante en materia médica, pues allí es común encontrarse con escenarios en los que intervienen varias personas, cada una de ellas con funciones propias, que repercuten directa o indirectamente tanto en las tareas de los demás como en el resultado final.

Las relaciones que puedan establecerse entre los diferentes intervinientes en un acto médico condicionan la aplicación del principio de confianza, toda vez que no es lo mismo

---

<sup>39</sup> Así pareciera afirmarlo la Sala Penal, cuando menciona “Para establecer si el facultativo violó o no el deber objetivo de cuidado y, con ello, creó o amplió el radio de acción del riesgo porque su actuar lo situó más allá del estándar autorizado o relevante, es imprescindible determinar cuál es el parámetro de precaución –protocolo, norma, manual, baremo o actividad concreta conforme a la *lex artis* - que se debía aplicar al caso específico o que hipotéticamente podría haber empleado otro profesional prudente -con la misma especialidad y experiencia- en similares circunstancias, para enseguida, confrontarlo con el comportamiento desplegado por el sujeto activo del reato.” Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad.32606. Magistrado Ponente José Luis Barceló Camacho; 24 de octubre de 2012.

hablar de las relaciones entre los actos del cirujano y el anestesiólogo, que de las que surgen entre el cirujano y el instrumentador quirúrgico, por ejemplo. Esta distinción entre los nexos que se presentan entre los participantes ha dado lugar a que la doctrina diferencie entre dos formas de división del trabajo en el ámbito médico y, a su vez, dos configuraciones del principio de confianza. Se está hablando aquí de aquello que se conoce como división vertical vs. División horizontal del trabajo, lo cual pasa a explicarse junto con su importancia en relación con el principio de confianza.

#### **4.3.1 División del trabajo y principio de confianza**

En el ámbito médico es cada vez más frecuente encontrar que la atención de un paciente requiera de la intervención de varias personas. Las épocas en las cuales las personas eran atendidas a lo largo de su vida casi con exclusividad por su médico de confianza han quedado en el pasado. Los significativos avances tecnológicos y el desarrollo de especialidades y subespecialidades, hacen imposible que una sola persona pueda abarcar todos los conocimientos y habilidades necesarias para procurar individualmente el cuidado y la atención de un paciente.

Así las cosas, una persona que acude al servicio de salud se encuentra con médicos generales, especialistas, enfermeros, auxiliares de enfermería, bacteriólogos, entre otros<sup>40</sup>, y cada uno de ellos cumple una función particular que facilita que esa persona pueda ser tratada

---

<sup>40</sup> “Esta configuración de la actividad se observa ya en la propia formación académica, tanto universitaria como no universitaria, de los futuros profesionales. El médico general ha ido cediendo terreno en favor de los médicos especialistas; los diplomados en enfermería o fisioterapia son acreedores de una cada vez mejor y más diferenciada preparación; se han creado nuevas especialidades de carácter auxiliar o complementario de la labor médica.” (Rodríguez, 2012, p.184).

adecuada y eficazmente. Sin embargo, desde el punto de vista del derecho, esta pluralidad de intervinientes dificulta enormemente delimitar ámbitos de responsabilidad en los casos en que se presentan eventos adversos o en los que, por alguna u otra razón, se causan daños a un paciente.

La situación descrita anteriormente tiende a explicarse a partir del principio de división del trabajo, esto es, la forma en la cual se distribuyen las tareas entre quienes participan de un mismo acto médico. Es relevante aclarar que no todo escenario en el que concurren múltiples personas supone ya una división del trabajo. Por ejemplo, el tráfico automotor involucra un sinnúmero de actores, pero en este no existe una división del trabajo. Por ello es menester tener en cuenta que:

(...) para decir que en el desarrollo de una actividad existe una división del trabajo parece exigirse algo más que la simple pluralidad de intervinientes. (...) se exige otro requisito relacionado, en mi opinión, con el término trabajo. El término trabajo hace referencia a una actividad que requiere un esfuerzo destinado a un mismo fin. (Rodríguez, 2012, p.251).

Igualmente menciona la Corte Suprema de Justicia:

Tampoco se concreta el riesgo no permitido cuando, en el marco de una cooperación con división del trabajo, en el ejercicio de cualquier actividad especializada o profesión, el sujeto agente observa los deberes que le eran exigibles y es otra persona perteneciente al grupo la que no respeta las normas o las reglas del arte (*lex artis*) pertinentes. Lo anterior, en virtud del llamado principio de confianza, según el cual “el hombre normal espera que los demás actúen de acuerdo con los mandatos legales, dentro de su competencia”.

En efecto, la organización de la sociedad actual se basa en el reparto de roles, cada individuo tiene asignado uno, y conforme a él se espera que se comporte de una determinada manera en cada concreta situación. Si cada sujeto espera que el otro actúe satisfaciendo la expectativa que de él se deriva, su actuación será una y no otra; es decir, no se puede esperar el actuar imprudente de los demás ya que esto llevaría a una situación caótica en la que el exceso de celo provocaría una paralización de cualquier actividad que entrañe riesgo, que no son pocas.<sup>41</sup>

Normalmente se habla de dos clases de distribución o de división del trabajo, estas son, la división horizontal y la división vertical. Para definir en presencia de cuál de ellas se está, es necesario atender a la relación que guardan entre sí los diferentes intervinientes. Como explica Rodríguez (2012) “se puede decir que la división horizontal del trabajo supone interacción de los participantes en una relación de igualdad, mientras que en la organización vertical impera un principio de jerarquía, es decir, existe una relación de supra-subordinación.” (p.188). Dada la importancia que esto tiene en materia médica es conveniente explicar ambas formas de división del trabajo.

#### **4.3.2 División horizontal del trabajo y principio de confianza**

Como se mencionó previamente, la división horizontal parte de poder establecer relaciones de igualdad entre quienes intervienen en el acto médico; como ejemplo paradigmático, la doctrina suele encontrar esta relación igualitaria entre el cirujano y el

---

<sup>41</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso SP4451-2014 Radicado N° 43363 del 9 de abril 2014 Magistrado Ponente: GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ.

anestesiólogo, puesto que cada uno, con su propia especialidad, tiene un ámbito de competencia que no es mayor ni menor que el del otro.

En estos casos, el principio de confianza autoriza al cirujano a confiar en que el anestesiólogo está cumpliendo con su responsabilidad y con ello guardando el deber de cuidado; y en el mismo sentido el anestesiólogo puede confiar en que el cirujano actuará dentro del margen de lo permitido. Sin embargo, esta confianza no es ilimitada, como menciona Vallejo (2012) “si bien por regla general los profesionales que se encuentren en supuestos de división horizontal pueden confiar en el trabajo que cada uno realiza, este nivel de confianza debe hallarse interrumpido cuando se observe una infracción de la diligencia debida de parte del tercero” (p.173).

Lo anterior nos indica que, si bien cada profesional debe velar por guardar él mismo el cuidado debido, no es totalmente ajeno a la actuación de los demás intervinientes, a tal punto que, si observa que el otro se aparta de lo esperado según la *lex artis*, por ejemplo, deberá interrumpir su actuación y tomar los correctivos necesarios para salvaguardar la salud y la vida del paciente.

(...) el principio de confianza pierde su efectividad, cuando el médico advierte en el momento en que se está llevando a cabo su actuación, que por parte de su colega –tercero– ha habido un descuido que es fácilmente constatable, pudiendo ser determinado por aquel de acuerdo a sus conocimientos y a los de cualquier médico medio ideal ubicado en la misma situación del autor. (Vallejo, 2012, p. 179).

En conclusión, en los escenarios en los que existe una división horizontal del trabajo, el principio de confianza autoriza al sujeto a confiar en que los demás están actuando de conformidad con el cuidado debido –salvo que se percate que ello no es así– y, por lo tanto,



en virtud de este principio no será responsable si otro de los intervinientes falta a dicho deber y con ello se genera un daño al paciente.

#### **4.3.3 División vertical del trabajo y principio de confianza**

Como se mencionó en párrafos anteriores, la división vertical del trabajo surge en aquellos supuestos en los que existen relaciones de subordinación entre los intervinientes en el acto médico. En estos casos se afirma que el principio de confianza es mucho más limitado que en el caso anterior, toda vez que quien ostenta una posición jerárquica de mayor nivel debe ejercer actos de supervisión sobre sus inferiores jerárquicos. La doctrina explica cuáles son estos deberes de supervisión, de entre los cuales se resaltan:

*Deberes de selección, instrucción y coordinación:* estos deberes, explica Vallejo (2012), son un presupuesto para la aplicación del principio de confianza. En primer lugar, es un deber seleccionar adecuadamente la persona a quien se delegará o encargará una función; velar por su capacidad e idoneidad técnica o profesional, le permite al superior confiar en que dicha persona podrá cumplir fielmente las instrucciones; por lo que el segundo deber es justamente instruir de forma clara y suficiente al personal en la tarea que va a cumplir; finalmente se habla de un deber de coordinación, “el cual implica para el superior jerárquico establecer correctamente el reparto de las tareas atendiendo las circunstancias materiales, temporales y personales en las que se deba llevar a cabo la actividad.” (Vallejo, 2012, p. 184). La satisfacción de los deberes antes explicados se constituye en un indicio de que la persona ha guardado el deber de cuidado y que, por lo tanto, se encuentra amparado por el principio de confianza. Por el contrario, “El incumplimiento de estos deberes limita

la posibilidad de confiar; por lo tanto, el sujeto solo podrá hacerlo si previamente ha seleccionado, instruido y coordinado las tareas del subordinado; si se cumple con estos tres deberes, el superior jerárquico no tendrá motivos para desconfiar de la idoneidad del tercero para llevar a cabo la función delegada” (Vallejo, 2012, p. 185). *Deberes de vigilancia, control o supervisión:* sumado a los deberes antes mencionados, se presenta también la obligación del superior jerárquico de ejercer actos destinados a evaluar el adecuado cumplimiento de la tarea asignada al personal subordinado. Cuando el superior realiza un control oportuno se afirma que puede confiar en la actividad del subordinado. Es importante tener en cuenta que la supervisión o vigilancia no tiene que ser permanente y absoluta, puesto que exigir que el superior esté presente en todo momento imposibilitaría que éste pudiera dedicarse a otras tareas, que es justamente lo que se pretende cuando se habla de división del trabajo. En ese sentido, los actos de vigilancia que deba realizar la persona van a depender de las capacidades, el conocimiento y la experiencia que tenga el subordinado, puesto que no es igual el control que debe ejercerse frente a alguien con muchos años de experiencia que frente a aquella persona que recién ha sido asignada al cargo.

No debe dejarse de lado que, en los casos en los que el superior advierta que el subordinado no está debidamente capacitado o, a pesar de estar capacitado, no tiene aún la pericia suficiente, aquel deberá tomar todas las medidas necesarias para proteger la vida o salud del paciente. De lo contrario, no podrá invocar el principio de confianza para exonerarse de responsabilidad.

Finalmente, en el campo de la responsabilidad penal médica también es posible acudir a ese instrumento que se explicó en el capítulo anterior llamado *hombre medio*. Si bien su uso

puede no ser tan frecuente en la medida en que la práctica clínica actual se encuentra ampliamente regulada, es necesario abordarlo y ver la relevancia que la doctrina le atribuye.

#### **4.4 El juicio del hombre medio en materia médica**

Como se mencionó en páginas anteriores, el criterio del hombre medio permite comparar la conducta que ha tenido lugar en el caso concreto con aquella que un hombre prudente, con los conocimientos y en la situación del autor, habría llevado a cabo. Como señala la Corte:

El autor debe realizar la conducta como lo haría una persona razonable y prudente puesta en el lugar del agente, de manera que si no obra con arreglo a esas exigencias infringirá el deber objetivo de cuidado. Elemento con el que se aspira a que con la observancia de las exigencias de cuidado disminuya al máximo los riesgos para los bienes jurídicos con el ejercicio de las actividades peligrosas, que es conocido como el riesgo permitido.<sup>42</sup>

En materia médica, lo anterior supone cualificar a ese hombre medio y dotarlo de los conocimientos y de las calidades del profesional que realizó la conducta que es objeto de juzgamiento. Esto quiere decir que, si se evalúa la conducta de un médico general, la comparación habría de hacerse frente a la conducta que otro médico general y además prudente, habría llevado a cabo en el caso concreto; a su vez, si se estudia la conducta de un médico especialista entonces el hombre medio ha de constituirse a partir de lo que un médico prudente con igual especialidad habría realizado en el caso concreto.

---

<sup>42</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 54896. Magistrado Ponente: EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER; 21 de agosto de 2019 - SP3360-2019.

En estos casos, se encuentra que el ejercicio de la especialidad está supeditado a la obtención del título que acredita a la persona como idónea para el ejercicio. Normalmente esta acreditación se considera satisfecha con la obtención del título universitario, pero ello va más allá del mero registro académico; lo relevante desde el punto de vista penal es que, quien obtiene tal acreditación, se considera capacitado para controlar los riesgos propios de la práctica de la especialidad. En otras palabras, se considera que la persona cuenta con las capacidades para guardar el deber de cuidado. Por el contrario, quien no posee dicho título habilitante no es idóneo para guardar el cuidado debido, ello con independencia de lo que suceda en los casos particulares, toda vez que es perfectamente posible que alguien sin el título pueda llevar a cabo actos propios de la especialidad sin causar un daño, lo que no quiere decir que el comportamiento sea, por ese solo hecho, cuidadoso.

Sumado a lo anterior, se encuentra que en las últimas décadas la medicina ha sufrido un importante desarrollo científico que ha provocado que los médicos se especialicen en aspectos cada vez más específicos del cuerpo humano y de las enfermedades que sufre. En ese sentido existen hoy en día, por ejemplo, no sólo especialistas en pediatría y en neurología sino también neuropediatras, esto es, profesionales que han abordado ambas especialidades con el fin de dedicarse a un aspecto tan específico como lo es la neurología infantil.

Igualmente se encuentran personas que, gracias a sus años de experiencia se vuelven expertos en áreas tan delimitadas que aún no se encuentran programas académicos dedicados a su estudio particular, como podría ser la radiología pediátrica, área en la que se especializan algunos radiólogos a partir de sus años de dedicación y práctica profesional, mas no en virtud de un posgrado.

En casos como los anteriores resulta aún más difícil operar con un instrumento como el del hombre medio, toda vez que se estaría en presencia de personas que cuentan con

conocimientos o habilidades superiores en razón de su experiencia y experticia. Este aspecto ha sido tenido en cuenta por la doctrina penal, por lo que resulta importante abordarlo en aras de esclarecer la responsabilidad penal de aquellos que cuentan con tales capacidades superiores y, a su vez, indagar también por el tratamiento que se brinda a quienes, por el contrario, tienen capacidades inferiores a la media.

#### **4.4.1 Capacidades y conocimientos especiales del profesional de la medicina**

Como se mencionó, existen profesionales médicos que, gracias a su experiencia, su práctica académica o investigativa, desarrollan habilidades o adquieren conocimientos que están por encima del promedio, lo que ha obligado a la doctrina a preguntarse si estos saberes especiales deben ser tenidos en cuenta al momento de evaluar si el profesional guardó o no el deber de cuidado o se mantuvo dentro del riesgo permitido en su actuación. Sobre el particular menciona la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

El saber particular del autor de la acción es un aspecto que, especialmente, deberá ser apreciado por el juez en el momento de valorar si ha creado o no un riesgo jurídicamente desaprobado, o no permitido, para la realización del resultado típico. Es decir, se trata de un factor de imputación objetiva que en primer término solo sería trascendente para predicar la infracción de un deber objetivo de cuidado o, lo que es lo mismo, de una conducta culposa.<sup>43</sup>

En materia doctrinal existen diferentes posiciones, por lo que de forma sucinta se hará referencia a las tesis más relevantes.

---

<sup>43</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 45008. Magistrado Ponente: EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER; 16 de diciembre de 2015 - SP17436-2015).

#### **4.4.2 Teorías individualizadoras o subjetivas**

Este grupo de tesis parte de entender que tanto las capacidades como los conocimientos especiales deben ser tenidos en cuenta al establecer el deber de cuidado. “Las concepciones individualizadoras propugnan que tanto los conocimientos especiales del autor como sus capacidades individuales son circunstancias que deben valorarse en orden a la cognoscibilidad del riesgo, y, por lo tanto, son fundamentalmente problemas del tipo subjetivo del delito imprudente.” (Vallejo, 2012, p.67).

Desde esta perspectiva, aquel médico que cuenta con habilidades o conocimientos superiores debe hacer uso de estos o, de lo contrario, podría ser responsable penalmente incluso cuando su comportamiento fuera adecuado desde el punto de vista de un profesional con habilidades promedio.

En palabras de Roxin (1997):

(...) hay que darle la razón a la teoría individualizadora en aquello en lo que radica exclusivamente su trascendencia práctica: en el terreno de las capacidades especiales. Un participante medio en la circulación no actúa imprudentemente si un transeúnte se le echa encima del coche de tal modo que un conductor dotado de capacidades normales no habría podido ya esquivarlo. Por eso un experto conductor de rallies, cuyas muy superiores habilidades en la conducción le permiten aún esquivar y dominar su coche cuando derrapa, debe sin embargo hacer uso de estas capacidades y se le ha de castigar por homicidio imprudente cuando por negligencia no lo hace. Cualquier otra concepción permitiría sin necesidad el sacrificio de una vida humana; ello sería incompatible con los

fundamentos de nuestro ordenamiento jurídico. Tampoco un cirujano de primerísima calidad, respecto de cuyas técnicas y destrezas no existe competencia posible en el plano internacional, puede operar a su paciente con resultado mortal, por rendir en la medida –muy por debajo de su nivel– correspondiente al estándar mínimo vigente para cirujanos medios (p.1017).

Igualmente, las teorías individualizadoras tienen en cuenta las capacidades o los conocimientos inferiores a la media, los cuales deben valorarse en relación con la cognoscibilidad del riesgo, toda vez que, de demostrarse que la persona no estaba en condiciones de conocer el riesgo no sería posible responsabilizarlo por imprudencia (Vallejo, 2012). No obstante, es importante distinguir el escenario de las capacidades inferiores de aquel otro en el que una persona, a sabiendas de su incapacidad para controlar el riesgo, inicia la actividad quirúrgica, caso en el cual sí que cabe la responsabilidad por imprudencia.

#### **4.4.3 Teorías objetivas**

Quienes defienden una teoría objetiva de los conocimientos o habilidades especiales, parten de una posición totalmente opuesta a la anterior, la cual entiende que el deber de cuidado se determina siempre de forma objetiva, toda vez que atender a las capacidades individuales atentaría contra cualquier seguridad jurídica y dejaría desprotegidos a los bienes jurídicos, los cuales estarían a merced del criterio del individuo. De lo que se trata es de evitar que los ciudadanos emprendan actuaciones sin estar seguros de sus capacidades para controlar los riesgos que de ellas se derivan. Lo objetivo del criterio para la determinación del cuidado debido aplica tanto para los conocimientos inferiores como para los superiores. Como explica Vallejo (2012):

Así entonces, bajo este presupuesto, en materia sanitaria bastará con que el médico emplee la diligencia debida que le brinda la Lex artis para que se entienda que ha cumplido con el deber objetivo de cuidado; por ejemplo, al médico cardiólogo quien adelanta una operación quirúrgica a corazón abierto sólo se le podrá exigir actuar como lo haría cualquier otro médico cardiólogo diligente en su misma situación; por lo tanto, si aquel llegare a poseer cualidades y conocimientos especiales que le hubiesen podido permitir evitar el fallecimiento del paciente, de conformidad con lo expuesto, esas circunstancias superiores no se tendrían en cuenta en el momento de realizar la valoración jurídica, toda vez que el médico actuó como lo haría cualquier otro especialista normalmente capacitado (pp.69, 70).

Esta visión objetiva privilegia la idea de un hombre medio ideal del mismo sector del tráfico jurídico del autor, quien debe actuar de forma diligente y cuidadosa conforme la media de los participantes en dicho sector profesional, por lo que, en un caso concreto, al momento de determinar el deber de cuidado el juez no tendría que preguntarse por las capacidades superiores o inferiores de la persona.

#### **4.4.4 Teorías intermedias**

Finalmente se encuentran las posturas de quienes entienden que la solución correcta al problema bajo análisis parte de establecer un baremo mínimo acerca de las capacidades inferiores sin renunciar a la exigencia de las capacidades superiores en el caso concreto. En otras palabras, las capacidades inferiores no se tienen en cuenta al momento de graduar el deber objetivo de cuidado –serían tenidas en cuenta al momento de la culpabilidad– mientras que las habilidades superiores sí se valorarían en el juicio de cuidado.



Como explica Roxin (1997):

El que las capacidades inferiores a la media no puedan excluir el injusto sino sólo la culpabilidad, se deriva de la estructura sistemática del delito. La imposibilidad individual de actuar de otro modo es –al menos en los delitos comisivos– siempre un problema de culpabilidad, mientras que la imputación al tipo objetivo se vincula a los baremos de la creación del peligro y del fin de protección, que son independientes de la individualidad del sujeto. Si se hace depender ya en la realización del tipo de baremos individualizadores, entonces se anula en parte la separación entre injusto y culpabilidad (p.1015).

Así las cosas, el profesional médico que, afectado por una pérdida en la agudeza visual, comete un error durante una cirugía, podrá alegar este impedimento en sede de culpabilidad; mientras que, quien posee capacidades superiores, estará obligado a hacer uso de estas so pena de infringir el deber de cuidado que le era exigible en consideración justamente a sus habilidades superiores.

Finalmente, antes de terminar el presente capítulo, resulta de interés hacer una corta referencia a los criterios que la doctrina y, particularmente el profesor Alfonso Cadavid (2013), explica como elementos a tener en cuenta al momento de establecer el grado o la exigencia de cuidado que se le puede hacer al profesional de la medicina en el caso concreto. Esto resulta importante para ilustrar que los criterios antes explicados no son estáticos ni aplican de la misma manera en todos los escenarios, sino que, se encuentran condicionados por las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que transcurren los hechos.

#### **4.5 Criterios para la graduación del deber de cuidado**

Como explica Cadavid (2013) en su tesis doctoral, la *lex artis*, el principio de confianza y demás criterios, son instrumentos indispensables para establecer el deber de cuidado, sin embargo, son por sí solos insuficientes,

(...) pues el cuidado debido en la correspondiente situación no solo es relativo, por depender del contexto situacional en el que la actuación es realizada, sino que además tiene un carácter mensurable y dinámico, por lo que la variación en las condiciones de aparición del riesgo puede obligar a adecuar las medidas de cuidado necesarias para la neutralización o disminución de aquél hasta el umbral de lo permitido. (p.143).

Por lo anterior es indispensable considerar y valorar de la forma más racional posible cómo afectan las circunstancias particulares el juicio de cuidado, de ahí que la doctrina haya construido algunos criterios que permiten desarrollar adecuadamente esta tarea.

- *Bien jurídico en peligro*: De acuerdo con Cadavid (2013), el factor más importante al momento de establecer el grado de cuidado que debe guardarse en el caso concreto viene determinado por el bien jurídico que se encuentra en riesgo. Toda vez que, si la conducta tiene la capacidad de poner en riesgo la vida, debe adelantarse con mucho más cuidado que si sólo tiene la capacidad de, por ejemplo, producir algún dolor o malestar en el paciente. La primera conducta crea un riesgo mayor y, por lo tanto, quien la lleve a cabo debe prestar mayor atención a no sobrepasar el riesgo permitido.

- *Potencialidad lesiva de la conducta*: En la práctica médica es posible identificar actuaciones que tienen mayor capacidad de lesionar que otras, situación que no puede pasar desapercibida para quien emprende la acción. Por ejemplo, la aplicación de anestesia general normalmente reviste mayores riesgos que la

aplicación de la anestesia local, por lo tanto, a mayor capacidad de lesión mayor cuidado debe prestarse en la ejecución.

Adicionalmente explica Cadavid (2013) que “si un procedimiento médico es calificado como de muy bajo riesgo para la vida, pero en el transcurso del mismo se presentan complicaciones que comprometen este bien jurídico, a partir de su ocurrencia, no bastará desplegar simplemente las medidas ordinarias de cuidado para el procedimiento programado en un comienzo, sino que habrán de adoptarse nuevos medios para dominar la complicación presentada.” (p.147), es decir que, si en el ejemplo propuesto fuera necesario pasar de la anestesia local a la general, junto a ello será necesario incrementar también el cuidado debido.

- *Disponibilidad de recursos:* Igualmente es importante tener en cuenta los recursos con los cuales se cuenta al momento del actuar médico. Desde luego, no puede exigirse en igual medida a quien interviene a un paciente con todos los recursos técnicos y científicos a su disposición, que a quien lo hace en un hospital rural contando sólo con los recursos más básicos. Hay que aclarar que,

(...) ello no significa entonces que cualquier tratamiento asumido en su integridad por quien carece de recursos idóneos, implique que la actuación sea acorde al cuidado debido. Siempre que en los eventos de incertidumbre acerca de la eficacia de los recursos que se están poniendo a disposición del paciente, exista la posibilidad de brindarle otros más idóneos, incluida la interconsulta o la remisión, deberá hacerse uso de ellos. (Cadavid, 2013, p149).

## **5. CONCLUSIONES**

Como se vio a lo largo de las anteriores páginas, la discusión sobre la imprudencia en el ejercicio médico no es una cuestión pacífica ni sencilla, no obstante, a partir de la revisión doctrinal y jurisprudencial realizada, es posible alcanzar las siguientes conclusiones:

- 1) La medicina es una actividad riesgosa. Son muy pocos los actos médicos que no acarrearán riesgos para la salud del paciente, puesto que, como se mencionó en el primer capítulo, la simple prescripción de un medicamento conlleva la posibilidad de que se presenten efectos secundarios o reacciones adversas a partir de su administración.
- 2) A pesar de lo riesgoso del ejercicio médico, ninguna sociedad estaría dispuesta a renunciar a su práctica, toda vez que los beneficios de esta disciplina son mucho mayores que los riesgos que supone.
- 3) La práctica médica causa a menudo resultados dañinos para bienes jurídicos como la vida o la integridad corporal de la persona. Sin embargo, es claro que la sola causación de un daño es insuficiente para imputar responsabilidad penal. Para ello es necesario, adicionalmente, que dicho daño sea consecuencia de un comportamiento imprudente.
- 4) Como se explica en el segundo capítulo, existen, tanto en la teoría como en la jurisprudencia, dos criterios para establecer si un comportamiento es o no imprudente: el primero de ellos hace referencia a la necesidad de establecer que el daño es consecuencia de una violación a un deber objetivo de cuidado; el segundo, indica que debe acreditarse que el comportamiento ha creado un riesgo no permitido por el derecho. En ocasiones estos criterios se emplean como sinónimos,

hasta el punto en que la jurisprudencia hace uso de uno u otro indiscriminadamente<sup>44</sup>.

- 5) De acuerdo con lo estudiado a lo largo del tercer capítulo, a nivel jurisprudencial y doctrinal se han construido algunos criterios claves para valorar el comportamiento médico, estos son, la *lex artis*, el principio de confianza y el juicio del hombre medio.
- 6) La noción de *lex artis*, como tuvo oportunidad de verse, no es un concepto unívoco ni pacífico. A pesar de ello es determinante para enjuiciar el actuar médico, hasta el punto en que, en ocasiones, se puede correr el riesgo de afirmar que todo comportamiento contrario a la *lex artis* es, por ese hecho, imprudente.
- 7) El principio de confianza es un criterio clave en la responsabilidad penal médica. Es indispensable poder delimitar ámbitos de competencia y responsabilidad, en la medida en que es usual que en la práctica clínica intervengan diferentes profesionales.
- 8) El juicio del hombre medio es un criterio que permite evaluar el caso concreto atendiendo no sólo a lo descrito en los protocolos o guías clínicas, sino también a las circunstancias y a los conocimientos con los que contaba la persona al momento de llevar a cabo su conducta. Por ende, y aún con sus críticas, continúa siendo un instrumento indispensable para la valoración del comportamiento.

---

<sup>44</sup> Nuevamente, esto puede verse en la jurisprudencia de la Corte: “Las acciones imprudentes susceptibles de reproche penal no están definidas en la ley, dada la naturaleza imprevisible de las innumerables interrelaciones que a diario se presentan en el intercambio social de las personas. En cada caso concreto, en consecuencia, le corresponde al juzgador determinar si el comportamiento investigado se ejecutó de manera imprudente, esto es, superando el riesgo jurídicamente permitido con infracción del deber objetivo de cuidado.” Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 46612. Magistrado Ponente: LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA; 11 de julio de 2018 - SP2771 – 2018. Subraya añadida.

## 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alarcón, M. (2015). El determinismo de newton-laplace en el derecho positivo de la legislación colombiana frente a la incertidumbre de heisenberg en el ejercicio médico. *Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología*, 66(2): 116-123.

Arango, J. Avendaño, F. y Martínez, I. (2012). Demandas por responsabilidad médica atendidas en el Centro de Estudios en Derecho y Salud -CENDES- de la Universidad CES. Medellín 2005 a 2009. Tesis de grado. Disponible en: [https://repository.ces.edu.co/bitstream/10946/2574/1/Demandas\\_responsabilidades\\_medicas.pdf](https://repository.ces.edu.co/bitstream/10946/2574/1/Demandas_responsabilidades_medicas.pdf)

Bacigalupo, E. (1999). *Derecho penal, parte general*. Buenos Aires: Hammurabi.

Beck, U. (2008) *La sociedad del riesgo mundial*. Barcelona: Paidós.

Bernate, F. (2010). *Imputación objetiva y responsabilidad penal médica*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Barcena, R. (2012) *La causalidad en el derecho de daños*. Tesis doctoral: Universidad de Girona.

Castellano, C. D. (2001). *Formación, asistencia y responsabilidad médica: evolución y estado de la cuestión*. Canarias: Universidad de las Palmas de Gran Canaria.

Cadavid, A. (2013). *Imprudencia punible y actividad médico-quirúrgica*. Tesis doctoral – Universidad de Salamanca.

Frisch, W. (2009) La fórmula de la “conditio”: ¿Indicación sobre cómo constatar los hechos o declaración normativa? En: Sancinetti, M. *Causalidad, riesgo e imputación*. Buenos Aires: Hammurabi.

Frister, H. (2009) La causalidad de la acción respecto del resultado. En: Sancinetti, M. *Causalidad, riesgo e imputación*. Buenos Aires: Hammurabi.

Láin, E. (1978). *Historia de la medicina*. Barcelona: Salvat Editores.

López, M. Manrique, I. y García, C. (2004). Demandas a los médicos, observaciones sobre casos. *Revista Colombiana de Gastroenterología* 19(1): 37-43. Disponible en: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0120-99572004000100008](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-99572004000100008).

Puppe, I. (2006) División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica. *InDret*, 4, 2-14.

Prittwitz, C. (2003) Sociedad del riesgo y derecho penal. En: Arroyo, L. *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*. España: Ediciones Universidad de Castilla La Mancha.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas.

Reyes, Y. (2005). *Imputación Objetiva*. Bogotá: Temis.

Rodríguez, T. (2003). Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales. *Rev. derecho (Valdivia)*, XV, 75-111.

Rodríguez, V. (2012). *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico – sanitaria*. Madrid: Marcial Pons.

Restrepo, N. (2015). Tendencia de las demandas por responsabilidad Médica radicadas en el CENDES entre el 2010 y el 2014. Tesis de grado. Disponible en: [https://repository.ces.edu.co/bitstream/10946/2586/1/Tendencia\\_Demanda\\_Responsabilida\\_d.pdf](https://repository.ces.edu.co/bitstream/10946/2586/1/Tendencia_Demanda_Responsabilida_d.pdf)

Sanz, A. Del Valle, M. Fernández, M y Ferreira, R. (2016). Teoría y práctica del consentimiento informado. *Cuadernos de Bioética XXVII*, 69-78. Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2016/27/89/69.pdf>

Velásquez, F. (2004). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Temis.

Velásquez, F. (2017). *Fundamentos de Derecho Penal. Parte general*. Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales.

Vallejo, G. (2014). Alcances del principio de confianza en la actividad médica. *Revista Ratio Juris* 9(19), 53-76.



Vallejo, G. (2012). *Responsabilidad penal sanitaria: problemas específicos en torno a la imprudencia médica*. Tesis doctoral – Universidad de León.

Vázquez-Frías et al. (2011). El error en la práctica médica. ¿Qué sabemos al respecto? *Anales Médicos (Mex)*, 56(1): 49-57 <https://www.medigraphic.com/pdfs/abc/bc-2011/bc111j.pdf>

### **Jurisprudencia**

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad.33920 (M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán; 11 de abril de 2012).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad.32606 (M.P. José Luis Barceló Camacho; 24 de octubre de 2012).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad.41245 (M.P. José Luis Barceló Camacho; 29 de junio de 2016 - SP8759-2016).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad.46438 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero; 28 de junio de 2017 - SP9308-2017).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 46766 (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya; 10 de abril de 2019 - SP1315-2019).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad.37249 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero; 30 de noviembre de 2011).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 39023 (M.P. José Luis Barceló Camacho; 16 de noviembre de 2013).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 43363 (M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández; 9 de abril de 2014 - SP4451-2014).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 45008 (M.P. Eugenio Fernández Carlier; 16 de diciembre de 2015 - SP17436-2015).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 48801 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar; 07 de noviembre de 2018 - SP4815-2018).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 46612 (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa; 11 de julio de 2018 - SP2771 – 2018).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 54896 (M.P. Eugenio Fernández Carlier; 21 de agosto de 2019 - SP3360-2019).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 52396 (M.P. Eyder Patiño Cabrera; 29 de julio de 2020 - SP2811-2020).