

**IMPLICACIONES JURÍDICAS DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO EN LA
PRÁCTICA MÉDICA**

KELLY JOHANA BUELVAS VERGARA

JEFFER SNEIDER LEÓN PEREZ

MARÍA CAMILA MERCADO GUZMÁN

Asesor

Daniel Ángel Hernández Dickson

UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA DE DERECHO

MONTERÍA

2021



**IMPLICACIONES JURÍDICAS DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO EN LA
PRÁCTICA MÉDICA**

KELLY JOHANA BUELVAS VERGARA

JEFFER SNEIDER LEÓN PEREZ

MARÍA CAMILA MERCADO GUZMÁN

Asesor

Daniel Ángel Hernández Dickson

UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA DE DERECHO

MONTERIA

2021

Tabla de contenido

CAPITULO I.....	4
1. Descripción del Problema	5
1.1. Planteamiento del problema.....	5
1.2. Formulación del problema	7
1.3. Justificación	8
2. Objetivos	10
2.1. Objetivo general	10
2.2. Objetivos Específicos	10
3. Marco de referencia	11
3.1. Estado del arte.....	11
3.2. Marco teórico	13
4. Diseño metodológico	18
4.1. Enfoque de investigación.....	18
4.2. Paradigma y tipo de investigación.....	18
4.3. Fuentes.....	18
CAPITULO II	19
5. PARÁMETROS TÉCNICOS GENERALES DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO EN LA PRÁCTICA MÉDICA.....	19
5.1. Aproximaciones conceptuales al acto médico	19
5.2. La <i>lex artis</i> en el ejercicio de la profesión médica	22
5.3. El deber objetivo de cuidado en la actividad médica	24
CAPITULO III.....	32
6. ANÁLISIS NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD EN LA ACTIVIDAD MÉDICA EN COLOMBIA	32
6.1. La imputación objetiva en la figura de la responsabilidad médica	32
6.2. El consentimiento informado	36
6.3. La vida e integridad física como los bienes jurídicos más vulnerados a consecuencia de la responsabilidad médica	42
6.4. La culpa o imprudencia médica	45
6.4.1. Tipos de culpa médica o infracción al deber objetivo de cuidado médico.....	48
Conclusiones.....	50
Referencias.....	53

Resumen

Para poder conocer a fondo del tema en el que nos enfocamos, debemos determinar el problema que nos conduce a estudiarlo, entonces, debemos saber que la medicina está reconocida como una de las profesiones más importantes para el establecimiento de condiciones de bienestar. Por ello para ejercerla se necesita conocer de unos presupuestos técnicos, cognitivos, científicos, éticos y morales, los cuales van a garantizar la prestación de los servicios de salud en condiciones de calidad.

Todos los procedimientos que se presentan en la ciencia médica, no se producen de un momento a otro, todo esto conlleva un tiempo considerado de investigación y experiencia comprobada, para con ello cada día establecer mejoras y avances.

Ahora bien, en Colombia, la actividad médica se desarrolla bajo factores sociales, culturales, económicos, científicos, administrativos y políticos complejos, que comprometen la idoneidad de dicha práctica, impactando a pacientes, instituciones y el mismo Estado, quien es responsable o corresponsable del servicio de salud.

Palabras Claves:

Investigación, Medicina, Salud, Procedimientos

Abstract: In order to know in depth the subject on which we focus, we must determine the problem that leads us to study it, then, we must know that medicine is recognized as one of the most important professions for the establishment of welfare conditions. Therefore, to exercise it, it is necessary to know about technical, cognitive, scientific, ethical and moral budgets, which will guarantee the provision of health services in quality conditions.

All the procedures that are presented in medical science, do not occur from one moment to another, all this entails a considered time of research and proven experience, in order to establish improvements and advances every day.

However, in Colombia, medical activity is carried out under complex social, cultural, economic, scientific, administrative and political factors, which compromise the suitability of this practice, impacting patients, institutions and the State itself, which is responsible or co-responsible for the health service.

Keywords: Research, Medicine, Health, Procedures

Capítulo I

1. Descripción del Problema

1.1. Planteamiento del problema

Históricamente, la medicina ha sido considerada como una de las profesiones más importantes para el establecimiento de condiciones de bienestar. El ejercicio de tal profesión implica entonces el lleno de unos presupuestos técnicos, cognitivos, científicos, éticos y morales que garanticen la prestación de los servicios de salud en condiciones de idoneidad y calidad.

De esta forma, el conjunto de procedimientos y técnicas terapéuticas desarrolladas por la ciencia médica, no son producto de la casualidad. Obedecen a siglos de investigación y experiencia comprobada que ha permitido a través de la práctica, establecer cada día mejores formas de tratar y prevenir enfermedades.

Pero, como cualquier tipo de actividad humana, el ejercicio de la profesión médica genera una serie de riesgos a causa de los cuales pueden devenir daños en los pacientes (sujetos pasivos), en su gran mayoría acaecidos a partir de la complejidad de los procedimientos, tratamientos, intervenciones y demás manifestaciones de la actividad médica en pro del restablecimiento de la salud de los pacientes. Sin embargo, algunos de los resultados adversos o lesivos son producidos como consecuencia de la realización de mala praxis, determinada como criterios de imprudencia, negligencia o impericia del profesional, lo que se traduce en la materialización de infracciones a la *lex artis*, definida “como el conjunto de reglas para el ejercicio médico contenidas en la literatura universalmente aceptada, que establece los medios ordinarios para la atención médica y los criterios valorativos para su empleo” (Dubón et al., 2012, como se citó en Amaya 2018), en otras palabras, el universo de técnicas, métodos y procedimientos que dan a lugar para la atención de un caso en específico, ante lo cual se presume que el médico no actuó de acuerdo con los protocolos y postulados de la *lex artis* generando un riesgo no permitido, el cual puede llegar a concretarse en daño en la integridad física o muerte del paciente.

Ante la anterior situación, el médico será responsable por la conducta culposa de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico colombiano, debido a que la afectación no se quería ocasionar, pero, el daño se materializó debido a la creación de un tipo de riesgo considerado jurídicamente desaprobado.

En este orden de ideas, dentro del contexto del derecho penal, este tipo de conductas debido a su gravedad, son de altísima importancia debido a su impacto directo sobre bienes jurídicos amparados constitucionalmente como son la vida y la integridad personal, el primero de orden superior y talente de fundamental. Esta condición suscribe la necesidad de articular el ejercicio de la profesión médica dentro del ordenamiento jurídico como mecanismo para garantizar la correcta praxis de la medicina en cada una de sus modalidades y/o especialidades, en beneficio de la sociedad y procurando siempre el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos.

Dentro de la anterior descripción, es pertinente indagar acerca de la relevancia de la responsabilidad penal en el sentido estricto de aquellas conductas que generan riesgo jurídicamente desaprobado generando la culpa o imprudencia médica.

Así, ante la posibilidad de ocurrencia de daños y perjuicios en la vida e integridad personal a partir de malas prácticas médicas, es preciso analizar las implicaciones jurídicas de las mismas a fin de resaltar la importancia de la idoneidad y prudencia de los profesionales de la salud.

Se entiende entonces, que en Colombia el ejercicio de la profesión médica exige la idoneidad de cada uno de los profesionales, el conocimiento de la normatividad y la actualización constante y frecuente en cuanto a tecnología, técnicas y procedimientos necesarios para garantizar la eficiente prestación de los servicios de salud, así como el manejo asertivo de los protocolos clínicos y reglamento técnico. Todo este universo de pautas permite a posteriori el ejercicio de la profesión médica en función de la garantía de la vida como bien jurídico tutelado constitucionalmente.

Así, se destaca el rol social del galeno como garante de la salud y de la vida. En este escenario, la doctrina jurídica está llamada a establecer un marco normativo claro que regule y legitime la relación médica – paciente y facilite la identificación de la culpa y responsabilidad medica asociada al riesgo no permitido y a las conductas jurídicamente desaprobadas que conduzcan a resultados lesivos.

1.2. Formulación del problema

La actividad médica, como “practica peligrosa”, tiene implícito el concepto deber objetivo de cuidado, sus características, fundamentos y principios que lo rigen dentro del desarrollo del ejercicio de los profesionales en ciencias de la salud, además de la responsabilidad de tipo penal y civil que se deriven de actuaciones consideradas como imprudentes, negligentes o carentes de pericia (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Expediente No 33920, 2012). De este modo, Romeo, C.M. (2011), considera que la actividad profesional, parte entonces, demanda de conocimiento de quienes la ejecutan (profesionales o facultativos), sumado al manejo de criterios médicos, disciplinarios, éticos, normativos y científicos que constituyen el deber de observancia o denominado como cuidado debido.

Ahora bien, en Colombia, la actividad médica se desarrolla bajo factores sociales, culturales, económicos, científicos, administrativos y políticos complejos, que comprometen la idoneidad de dicha práctica, impactando a pacientes, instituciones y el mismo Estado, quien es responsable o corresponsable del servicio de salud. Por lo tanto, la relación bajo parámetros correctos, médico - paciente se convierte en un factor determinante dentro del actuar de los galenos, y para que sea considerada eficiente y eficaz, debe estar cimentada en el ejercicio profesional equilibrado en la esencia de la responsabilidad, el compromiso, la ética y el respeto por la dignidad del ser humano por encima de todo.

Por consiguiente, es indispensable determinar cuáles son las implicaciones jurídicas dentro del ordenamiento colombiano para el deber objetivo de cuidado en la práctica médica, considerando la existencia de factores técnicos, normativos, científicos y jurídicos que delimitan dicho ejercicio profesional. Entonces, La culpa médica, si bien es cierto sobreviene de la práctica de la disciplina, las conductas imprudentes y los daños ocasionaos, si hubiese lugar a ello, corresponde a cada caso en particular. De aquí se parte, para formular la siguiente pregunta problema:

¿Cuáles son las implicaciones jurídicas por infracciones al deber objetivo de cuidado en la actividad médica?

1.3. Justificación

La actividad médica por su naturaleza corresponde a uno de los renglones más sensibles de la vida en sociedad. Más allá de su inmersión en una política y un sistema de salud, su impacto es trascendental en la vida de las personas y por lo tanto, médicos, medios y pacientes adquieren una relevancia y relación directa con la calidad de vida.

Esto la hace tan compleja y riesgosa, siendo susceptible de comportamientos imprudentes por parte de quienes la ejercen, hasta el punto de presentarse con frecuencia infracciones al deber objetivo de cuidado específico (Luzón Peña, 2016).

Por lo tanto, el estudio del deber objetivo de cuidado en la práctica médica, requiere de un análisis integral de factores e interpretaciones, toda vez que los criterios jurídicos para su conceptualización y penalización son disimiles y no permiten al juez valorar una conducta de injusta o imprudente, teniendo en cuenta que tiene como presupuestos jurídicos una parte subjetiva y otra objetiva.

De este modo, con la realización de esta monografía, se aporta una reflexión jurídica, normativa y técnica del deber objetivo de cuidado en la actividad médica, no solo desde el ámbito descriptivo, sino que propone una revisión posterior de elementos relacionados con la necesidad de fomentar la calidad al interior del sector salud como principio fundamental para la preservación de la vida de los pacientes.

En este contexto, es tarea del derecho, valorar y conceptualizar jurídicamente el riesgo, para tipificar la conducta imprudente y reconocer la peligrosidad de la actividad médica, a fin de facilitar la misma en el marco de la justicia, la buena fe y el beneficio al ser humano. En este punto, se atienden todas las consideraciones del cumplimiento del deber profesional con decoro, oportunidad y diligencia, empresas administradores de salud, instituciones prestadoras de servicios de salud, profesionales del área, entre otros, dándole categoría de prioritario a dicha práctica.

Consecuentemente, se plantea una discusión desde el punto de vista de la responsabilidad médica permitiendo establecer el verdadero rol que desempeña el medico dentro de la

estructura social, al ser el encargado de garantizar la protección de la salud y la vida de los pacientes a través de la prestación eficiente y oportuna de los servicios de salud.

Es relevante, dada la vigencia de la temática y los diferentes casos de responsabilidad médica que se presentan con frecuencia, algunos con consecuencias fatales y otros con afectaciones en la salud de los pacientes. Es una coyuntura especial, en momentos en que el sistema de salud atraviesa por una profunda crisis caracterizada por la corrupción que termina limitando el flujo de recursos necesario para la prestación de los servicios de salud bajo el principio de calidad.

La calidad aporta un elemento fundamental al momento de exigir idoneidad a los profesionales, es decir, mayor grado de especialización, capacidad y actualización constante en cuanto a nuevas y mejores prácticas y procedimientos médicos que reduzcan mediante la interacción con la ciencia y la tecnología, el riesgo asociado a cualquier acto médico.

En este orden de ideas, la utilidad del conocimiento de la responsabilidad médica genera en los profesionales de la salud, mayor sentido y compromiso con su formación y ejercicio, dedicación, vocación de servicio e identificación del riesgo previsible a fin de obrar de acuerdo a la *lex artis* y observando los principios, postulados y preceptos de cada especialidad de la medicina.

2. Objetivos

2.1. Objetivo general

Analizar las implicaciones jurídicas del deber objetivo de cuidado en la práctica médica.

2.2. Objetivos Específicos

- ✓ Identificar los parámetros técnicos del deber objetivo de cuidado en la práctica médica.
- ✓ Describir los parámetros técnicos generales del deber objetivo de cuidado en la práctica médica.
- ✓ Analizar la normativa y jurisprudencia del deber objetivo de cuidado en la práctica médica y sus implicaciones jurídicas en el derecho colombiano.

3. Marco de referencia

3.1. Estado del arte

Existe nutrida bibliografía en referencia a las implicaciones jurídicas del deber objetivo de cuidado en la actividad médica. Por tanto, se abordaran aquellas que a criterio de los investigadores guarden estrecha relación con el objetivo principal de la presente monografía.

En primera instancia, Beltrán y Torres en su tesis para obtener el título de abogados (2020) analizan en su trabajo la responsabilidad penal que recae en la actividad médica como una temática de interés general que atañe a profesionales de la salud, el derecho, la academia, empresas aseguradoras y usuarios del sistema de protección social en general. Se trata de la Responsabilidad Penal derivada de los actos médicos negligentes que producen daños, lo que se ha denominado Mala Praxis Médica. Es un trabajo con un enfoque que guarda similitud con lo que se persigue en esta monografía, dado que de las infracciones al deber objetivo de cuidado en la actividad médica se desprenden infracciones, y por tanto, implicaciones de tipo penal relacionadas con el posible daño causado en la integridad física o la vida de los pacientes.

De igual forma, Amaya (2018) en su tesis de pregrado, considera que la responsabilidad penal médica tiene su génesis a causa del incumplimiento de diferentes aspectos que generan implicaciones jurídicas, entre los cuales se encuentra la infracción a lo establecido en la lex artis y sus planteamientos, que configura de forma inmediata una vulneración al deber objetivo de cuidado en la medida en que se cree o incremente el riesgo permitido en los procedimientos, desencadenando posibles daños o lesiones jurídicamente ante lo cual se presente actuación punitiva del Estado y sus instituciones para salvaguardar la integridad de derechos tutelados como la salud y la vida de los pacientes. Hasta este punto, es mucha la concordancia con el presente ejercicio de investigación, puesto que se promueve el análisis de los diferentes elementos que pueden generar violaciones al deber objetivo de cuidado como mecanismo de garantía a la observación de buenas prácticas médicas que maximicen la preservación de la integridad de los pacientes.

Además, es un trabajo interesante que plantea la necesidad de analizar el problema de la responsabilidad médica desde el ámbito de aplicación de la profesión médica, es decir, la *lex artis* como conducto para salvaguardar la idoneidad de los diferentes métodos y procedimientos empleados en cada tratamiento.

Del mismo modo, Lozano, Lesmes y Barrera (2016) en su investigación para acceder al título de abogados, abordan las implicaciones de la impunidad en los casos de responsabilidad médica en Colombia, como consecuencia de yerros en la prestación de servicios de salud, mediante un estudio que reúne aspectos sociológicos, jurídicos y estadísticos. Además, su trabajo realiza un ejercicio práctico de análisis jurisprudencial en el que se estudia la salud como derecho fundamental de gran impacto en la sociedad y una responsabilidad constitucional del Estado. Así, se indaga a cerca de las posibles causas de la impunidad como una falencia en la administración de justicia o del sistema jurídico penal. Es un trabajo que contempla la responsabilidad penal surgida de las diferentes actuaciones de los profesionales de la salud, que profundiza en la jurisprudencia y causas de la impunidad.

De otro lado, Guzmán y Arias (2012) en su artículo de reflexión, resaltan la existencia del deber de cuidado, debido a que existe la necesidad de regular las relaciones de dependencia entre los seres humanos, es decir, atender criterios de idoneidad y respeto por los derechos fundamentales de las personas; entendiendo que existen límites al actuar de los profesionales de la salud que indican lo que no es ni social ni jurídicamente aceptable para evitar causar daño o lesionar a terceros. Es un artículo de reflexión que permite dimensionar la importancia del deber objetivo de cuidado en el contexto de la articulación entre la ciencia médica y la sociedad, la responsabilidad que recae sobre el ejercicio de las prácticas médicas, la idoneidad, calidad y oportunidad de los mismos.

Finalmente, Palomino (2008) en su tesis de pregrado, hace referencia en su trabajo al dilema que afronta la ciencia jurídica a partir de la incorporación de nuevas tecnologías e innovaciones en la ciencia médica, puesto que se debe otorgar relevancia a la naturaleza, esencia y derechos de los seres humanos (pacientes), sin desconocer el alcance de los avances científicos en la consolidación de soluciones eficaces para los problemas de salud que se afrontan en estos tiempos. Entonces, se hace pertinente el estudio cuidadoso de los

casos en los que se debe delimitar la aplicación del consentimiento informado, como mecanismo de comunicación e información acerca de las potenciales consecuencias, riesgo e implicaciones de los procedimientos médicos. Es un trabajo que incorpora un elemento diferenciador que es la evolución de la ciencia médica, la aplicación de nuevos dispositivos y procedimientos tecnológicos que suponen una nueva interpretación de la doctrina jurídica del deber objetivo de cuidado a la luz de prácticas innovadoras que se desarrollan en pro de la medicina moderna. Es un esfuerzo por garantizar la existencia de principios bio éticos que faciliten las relaciones entre los pacientes y los profesionales de la salud, y fomenten las buenas prácticas acorde con la *lex artis* y las guías clínicas establecidas para cada especialidad.

De acuerdo con las anteriores referencias, esta monografía plantea un enfoque orientado hacia el estudio del deber objetivo de cuidado en la actividad médica en relación con elementos jurídicos como la imputación objetiva, la *lex artis*, la culpa o responsabilidad médica, y un análisis de los bienes jurídicos vulnerados por las infracciones del deber objetivo de cuidado.

3.2. Marco teórico

El marco teórico de referencia de la presente investigación se constituye a partir de la teoría de la imputación objetiva, que de acuerdo con Amaya (2018), tiene su origen en Alemania a partir de la concepción doctrinal de Claus Roxin, constituyendo un enfoque que se asume como alternativa para explicar el choque de las teorías causalista y finalista, mediante la cual se pretendía, lograr que a través de la imputación se abarcara algo mucho más allá del aspecto personal o subjetivo de la conducta.

En ese sentido estricto, a partir de la formulación de la teoría de la imputación objetiva, se pasó a sustituir la relación de causalidad, por una conexión con pleno arraigo en aspectos jurídicos, más no naturales. Así, la teoría de la imputación objetiva se origina desde la dinámica progresiva de la causalidad como teoría que se extiende hacia el equilibrio de las condiciones, en el cual acciones consideradas como causas desde la perspectiva natural no tienen la calidad de típicas, dado el imperativo de generar mecanismos para corregir la carga de culpabilidad que les acude (Montealegre, 2007, como se citó en Amaya 2018).

Esto significa, que, en el contexto práctico de la imputación objetiva, lo verdaderamente relevante es la generación de un resultado lesivo concreto como consecuencia de la ocurrencia de un riesgo no permitido, lo que quiere decir que esta doctrina pretende estudiar, si la acción realizada por el sujeto activo propicia un riesgo desaprobado que se materializa en un daño antijurídico para el sujeto pasivo (paciente) y determinar quién es el responsable de ese daño.

Entonces, para ser incriminado judicialmente debe existir una relación causa-efecto (médico-daño/muerte) que debe ser directa, próxima y principal del resultado (Vera, 2013), y en ese rumbo, se aporta mayor claridad acerca de la causalidad inmersa dentro de la imputación objetiva, que en contraste pasa a contener elementos jurídicos más que naturales, ante lo cual Reyes (2014) afirma:

El tipo objetivo exige un proceso diferente, ya no de imputación del resultado al sujeto, sino un proceso de subsunción, en el cual debe comprobarse que el hecho acaecido satisface la descripción típica que entrega la norma de sanción. Lo relevante aquí, entonces, ya no es vincular el delito al autor como una infracción de deber sino que demostrar lo anti normativo del resultado dada la conexión entre lo efectivamente sucedido y la descripción normativa. O sea, que lo sucedido es una materialización del tipo penal. La principal dificultad en el tipo objetivo, entonces, es afirmar la acción del sujeto como condición del resultado acaecido, de manera que la relación de causalidad se transforma en la cuestión a determinar (pág. 154).

Así, la imputación objetiva obedece a preceptos normativos que tienen por finalidad determinar el tipo de responsabilidad penal que reside en los hechos que se consideran causantes de daño o muerte del paciente; se extiende hacia un horizonte de aplicación de la doctrina penal por encima de lo considerado natural en el ejercicio de la profesión médica.

Continúa Reyes, esgrimiendo que el riesgo está directamente asociado con la imputación objetiva como elemento fundamental en la determinación de la responsabilidad médica.

La teoría de la imputación objetiva hace énfasis en la naturaleza del riesgo no solo como característica de la acción, sino como consecuencia de esta. Se convierte entonces, en un elemento preponderante para establecer la relevancia penal de una conducta. Así, se

edifican tres principios básicos: en primer lugar, un resultado solo puede ser imputado objetivamente, si la acción sobrepasa el límite del riesgo permitido; segundo, la situación de peligro debe materializarse en un evento adverso; y tercero, se fijan casos excepcionales en los que no opera la imputación objetiva debido a que el alcance del tipo de conducta no abarca la elusión del peligro, aunque el resultado se concrete en daño en la salud e integridad del paciente.

Todas estas observaciones hacen referencia a la necesidad que persiste a nivel social de trabajar no por la eliminación del riesgo, sino por su minimización en función de la garantía de bienestar de desarrollo armónico de las relaciones sociales. El riesgo se constituye entonces como el punto de partida para determinación de la relevancia penal de una determinada conducta, puesto que establece si el profesional actuó de acuerdo a la *lex artis* y observó lo acotado en el deber objetivo de cuidado médico.

Se asume en términos penales que existe imputación objetiva, si se logra probar que el acto médico produjo riesgo que se tradujo en un peligro que alcanzó a materializarse en un hecho concreto ya sea en la vida o integridad del paciente, motivo por el cual el derecho penal se remite a la protección de ambos bienes jurídicos protegidos constitucional y legalmente.

La imputación objetiva, como se mencionó con anterioridad tiene por objeto establecer relación causa – efecto, pero con matices propios del ámbito jurídico, a fin de determinar el tipo de responsabilidad que podría recaer en el sujeto que realiza la acción, en este caso el acto médico.

Para realizar el juicio de imputación, la teoría de la imputación objetiva ha creado una serie de criterios que permiten explicarla con mayor claridad, y desarrollarla a partir de los planteamientos de Solórzano (2014):

- a. Riesgo jurídicamente desaprobado: constituye un tipo de riesgo no permitido por la ciencia jurídica, que tiene su génesis a partir de la realización del acto médico, entendiendo la potencialidad de incurrir en efectos adversos en la salud del paciente como lesiones, daños permanentes o la muerte, por lo que se sugiere que el profesional de la salud ostente formación, pericia y conocimientos para el desarrollo de cada procedimiento con el propósito de salvaguardar su responsabilidad ante la ocurrencia de una situación no deseada (daño).
- b. El principio de confianza: parte de la concepción del trabajo en equipo, de la responsabilidad individual de los actos realizados y de la confianza expresa en las aptitudes y conocimientos de los que intervienen en cualquier procedimiento médico, dada la interdependencia entre especialidades y su conexión en la prestación de los servicios de salud.
- c. Cooperación o la participación en autopuesta en peligro de otro: es la contradicción de la norma general en el actuar de los médicos, lo que se resume en la cooperación no para salvar la vida, sino para poner fin a esta, siempre y cuando el paciente autorice mediante el consentimiento informado la realización de dicho procedimiento en el cual el riesgo se traslada al paciente quien tiene poder decisorio si padece enfermedad grave que está causando sufrimiento y dolor.
- d. El resultado: es toda circunstancia que se materializa en la muerte o en las lesiones que se producen y que se constituyen en un daño a la salud o a la integridad física. Es la consecuencia de la creación de un riesgo desaprobado al violar el deber objetivo de cuidado.
- e. Los bienes jurídicos: por excelencia, en el ordenamiento jurídico colombiano el bien jurídico protegido es la vida y la integridad personal, que en algunos casos por la omisión del médico puede conllevar a la muerte, caso en el cual el profesional de la salud deberá responder por el delito de Homicidio. En otros casos lo que se vulnera es la integridad personal, evento en el que el médico responderá por un ilícito de lesiones personales.

De este modo, la autopuesta en peligro es una situación en la cual el paciente debe gozar de la libertad de elegir si accede a la realización de un procedimiento médico, con el conocimiento claro, preciso y coherente de los riesgos que ello implica. En ese sentido, la conciencia y voluntad son dos elementos claves en este análisis, dado que el primero, legitima o autoriza la acción o evento riesgoso previo diligenciamiento del consentimiento informado; y la segunda, acude a la facultad que reside en el ser humano de decidir espontáneamente y sin ningún tipo de presión o coerción que motive o restrinja la discrecionalidad de sus actos.

Así, el anterior criterio obedece a la discrecionalidad y plenitud de facultades del paciente para decidir acerca del tratamiento a implementar o del procedimiento mediante el cual se ponga fin a su vida, siempre y cuando padezca una enfermedad que le cause extremo dolor y sufrimiento, ante lo cual se invierte el deber objetivo de cuidado en el sentido de la preservación de la vida, pero se ampara la dignidad humana entendida como derecho fundamental.

De esta forma, se puede inferir que, en materia de imputación objetiva, lo más importante no es que se haya originado un daño lesivo o en su defecto la muerte del paciente, sino que el mismo haya sido producto de la generación de un riesgo no permitido por la *lex artis* y todo el universo de normas y protocolos, y que además, ese riesgo constitutivo de peligro se haya concretado en el resultado lesivo.

4. Diseño metodológico

4.1. Enfoque de investigación

La investigación se llevará a cabo en el marco del enfoque *cualitativo*. Es cualitativo porque se realizará una descripción de las normas y principios jurídicos que soportan el deber objetivo de cuidado en la práctica médica en Colombia. En especial, lo concerniente a las implicaciones que conllevan las infracciones al deber objetivo de cuidado. Además, se tendrá en cuenta un análisis de tipo jurisprudencial para tener referencia de procesos de similares características en la administración de justicia.

4.2. Paradigma y tipo de investigación

Es una investigación realizada bajo un paradigma integrativo que supera la norma legislada formalmente vigente y permite conocer la norma vivida en la sociedad: la norma hecha conducta, la norma eficaz. La incorporación del contexto, la articulación vigencia-validez-eficacia; los valores e intereses protegidos: la aplicación y los órganos jurisdiccionales, conforman el paradigma holístico que no rechaza ni excluye el estudio exegético de las normas, sino que lo integra y subsume como una vertiente más (Witker, 2008).

De este modo, se configura una investigación que plantea el análisis de una temática socio jurídico que tiene como bien tutelado jurídicamente la vida de las personas (pacientes) que acceden a la prestación de los servicios de salud.

4.3. Fuentes

La recolección de la información se realiza mediante la consulta de fuentes bibliográficas, legislativas y jurisprudenciales que permiten la construcción de un documento coherente y ordenado en el que se reflejen los principales elementos conceptuales del deber objetivo de cuidado, las implicaciones jurídicas de la infracción al mismo y la jurisprudencia relacionada con el tema. Además, de la normativa vigente que permita determinar las consecuencias de la violación del deber objetivo de cuidado en la actividad médica.

Capítulo II

5. PARÁMETROS TÉCNICOS GENERALES DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO EN LA PRÁCTICA MÉDICA

5.1. Aproximaciones conceptuales al acto médico

Para Bazán (2011) El concepto de acto médico, ha sido evolutivo en el trasegar de la historia de la humanidad; en la antigüedad, la medicina operaba bajo los preceptos de la religión y factores teológicos, el acto curativo, era entendido como función clara de los religiosos, a quienes se les atribuían poderes mágicos y sobrenaturales.; por lo tanto, el término médico, puede tener su origen en la palabra meth que se asocia con conjurar, maldecir, o poner a salvo a las personas con el alivio de los padecimientos. (Giraldo & Krupskaya, 2017). En consecuencia, el galeno se sitúa en una esfera superior, en comparación con una deidad o divinidad con capacidades para sanar diversidad de patologías.

Continuando con Bazán, a partir de la dinámica y desarrollo de las civilizaciones, con el transcurrir de los siglos se presenta la transición que inicia con el acto instintivo curativo del hombre primitivo y aquellas formas de curación de tipo mágico – religiosas, hasta lograr instituir lo que hoy día se conoce como el acto médico. Caracterizado por actividades, procesos y procedimientos científicos, técnicos y terapéuticos.

El acto médico entonces, se presume originario de Grecia al igual que la medicina o disciplina formal la cual se fundamenta en los principios de autonomía, beneficencia y justicia (Giraldo & Krupskaya, 2017).

Por consiguiente, el conjunto de principios que subyacen en el concepto de acto médico, son descritos a partir de la negación a causar mal, (*primum non nocere*), la responsabilidad de actuar coherentemente y evitar la lesión o el daño, y promover las practicas que determinen condiciones de bienestar al paciente. Por tanto, debe estar sujeto al respeto de la Autonomía individual del paciente, quien previa información está en la libertad de tomar las decisiones de acuerdo a su criterio; reconociendo las implicaciones y alcance que en su integridad puede llegar a derivar de un acto médico, que además, debe integrar principios de igualdad, justicia e inclusión, elementos considerados como determinantes en el ámbito del Estado de Derecho, del cual se desprenden las garantías constitucionales para el ejercicio responsable de la actividad medica en Colombia. (Vera, 2013).

La no maleficencia establece criterios asociados a la preservación de la integridad de los pacientes, a no causar daños emergentes y a mitigar los ya existentes, es decir, mejorar la condición de salud hasta alcanzar un estatus de bienestar; la autonomía, establece que existe la potestad del paciente para decidir sobre sí mismo, sobre los tratamientos y

procedimientos que deban realizarle en el sentido amplio del respeto de su libre desarrollo de la personalidad; la justicia finalmente, abarca la noción que reside en los derechos a la igualdad y a la dignidad, implicando cierto rigor dentro de la oportunidad y calidad en el acceso a los servicios de salud, además, de la responsabilidad del Estado como garante de tal servicio de magnitud fundamental.

Atendiendo la relación que existe entre el acto médico y los derechos fundamentales del ser humano, especialmente el derecho a la vida amparado constitucionalmente:

En Colombia todos los derechos fundamentales son relativos, y siendo la vida el más importante tiene un carácter relativo, que implica un marco de protección relativo, siendo claro que hoy día la vida no se entiende en términos de existencia biológica, sino bajo el concepto de la vida digna, concepto subjetivo, en la medida que lo que es digno para uno no necesariamente es digno para otro, y ello conlleva que cada ser humano pueda realizar actos de disposición sobre su propia vida acorde con su particular concepción de ésta, con ciertas excepciones como en el caso de los menores de edad, lo que además enfrenta a los médicos en una dicotomía, actuar para salvar la vida del paciente y mejorar las condiciones de salud, y tener que respetar la voluntad de éste (Solórzano Garavito, 2014, pág. 37).

De este modo, se puede realizar un intento por determinar el verdadero papel de los profesionales de la salud dentro de la estructura social. Es decir, el alcance e implicaciones éticas, penales y científicas de sus decisiones, actuaciones y procedimientos en función de la prestación de los servicios en cualquier tipo de modalidad y/o especialidad.

Así, el acto médico no tendría lugar sin la existencia de un requerimiento o demanda de un individuo llamado paciente, dicho requerimiento es intransferible y hace parte de la prestación de un servicio. En este orden de ideas, la relación médico- paciente, es en esencia el ejercicio de la medicina como profesión y sobre la cual recae la responsabilidad disciplinar y jurídica.

En este sentido, la Ley 23 de 1981, expresa que: “la relación médico-paciente es elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico, el cual impone la más estricta reserva profesional” (Congreso de la Republica de Colombia , 1981).

Con ello se destaca, la decisión voluntaria y espontánea de las partes para la acción profesional del facultativo y en caso de emergencia, su acción unilateral, esto es, su compromiso con el cuidado profesional. Por lo tanto, el médico asume la consecuencia de sus actos en cuanto a omisiones y errores dentro de determinados límites. Este enfoque sin duda conecta el ejercicio de la medicina con sus implicaciones legales, toda vez que el médico es un actor con diploma y título habilitado bajo el supuesto objetivo de actuar conforme a una competencia.

De acuerdo con lo anterior, una noción del acto médico estará encaminada a lo que realiza el profesional de la medicina en su desempeño para con el paciente. En otras palabras, es toda acción o disposición que el médico realiza en el ejercicio de su profesión en el proceso de diagnóstico, tratamiento y pronóstico, así como los que se deriven directamente de éstos (Vera, 2013).

Esta noción, atañe directamente a las características esenciales del acto médico, aquellos elementos constitutivos que lo definen y regulan, las cuales son: el profesionalismo, que para el contexto aplica como “*lex artis ad hoc*” y el beneficio, asumido como la búsqueda del bien del paciente, invariablemente siempre actuar conforme a su beneficio (Yungano, Bolado, Poggi, & Bruno, 1982).

En ese mismo sentido, se destacan otra serie de características propias del acto médico como, la profesionalidad, que exige la ejecución por parte de personal con conocimiento específico, formación y título acreditado y verificable, y que actúe de acuerdo a las normas establecidas en la *lex artis* guardando concordancia con los métodos, técnicas, equipos, procedimientos y medios de trabajo disponibles para garantizar la prestación eficaz de un determinado servicio de salud; así mismo, la beneficencia, persigue propiciar el mejoramiento de la calidad de vida del paciente generando soluciones paliativas o definitivas para aliviar el dolor y padecimiento, evitando situaciones de riesgo que puedan afectar la integridad y la vida del paciente (Vera, 2013).

Ahora bien, de acuerdo con las cualidades del acto médico, descritas con antelación, resalta la responsabilidad que reside en los profesionales de la salud en la preservación de la vida e integridad física de los pacientes. Dicha responsabilidad, se extiende hacia el contexto de la necesidad de reglamentar la praxis y delimitar eficientemente cada una de las especialidades a fin de garantizar la idoneidad de quienes desarrollan este tipo de labores.

5.2. La *lex artis* en el ejercicio de la profesión médica

En esta línea, “*lex artis ad hoc*” aparece como un constructo jurídico que se ha ido perfilando sistemáticamente con el devenir de sentencias y leyes desde el año 1.991 en Colombia. Para el caso específico de la actividad médica, Vázquez (2010) la entiende como “aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina” (pág. 179).

Este criterio se traslada pendularmente entre la ciencia y el arte médico, por lo que tiene en cuenta las características del facultativo, la complejidad de su profesión, los medios con que cuenta, la transcendencia vital del paciente, influencia de factores externos al acto, la estructura del sistema de salud y la institución, sus condiciones sanitarias y de calidad. Ahora, para calificar dicho acto conforme a la técnica y a los resultados esperados, se tiene en cuenta los estándares convencionales de la profesión médica, los cuales son el producto de años de práctica y formación del oficio.

En este sentido, el acto médico aparece como *lex artis*, clasificado en acto médico directo, que atañe al acto de tratar y curar, aliviar y rehabilitar a un paciente, esto es, la intervención directa del facultativo sobre la patología del paciente. Este acto médico directo, está acompañado del acto médico documental, apoyado en la historia clínica, la fórmula médica y el certificado médico, documentos que soportan legalmente la atención (Guzmán Mora, 1988). En consecuencia, el acto médico no se reduce a la atención e intervención por medio del arte o práctica médica, sino que se soporta documentalmente con el registro del procedimiento y su posterior tratamiento, elementos que son sujetos de derecho invariablemente.

Por lo tanto, el acto médico tiene un carácter jurídico, un hecho con consecuencias jurídicas, toda vez que emplea técnicas y conocimientos para llegar a resultado que tienen implicaciones jurídicas tanto para el médico como para el paciente; dicho paciente es, por naturaleza, un sujeto de derecho, que el médico debe proteger o restablecerlo a través de la prestación del servicio de salud integral. Para alcanzar este último objetivo, la *lex artis* debe observar cuatro elementos a saber: la existencia de profesionales idóneos con el conocimiento, habilidades y destrezas para el ejercicio de la actividad médica; mediante los exámenes de rigor, realizar una evaluación previa del estado de salud del paciente, que permita estructurar un diagnóstico lo más acertado posible, del cual se derive el tratamiento pertinente en cada caso; se deben utilizar los métodos, técnicas, equipos y procedimientos generalmente aceptados y establecidos en las diferentes guías clínicas; por último, el diligenciamiento del consentimiento informado como mecanismo para formalizar la autorización expresa por parte del paciente para que el médico pueda realizar el procedimiento, lógicamente, antecedido de una explicación clara de los detalles, riesgos e implicaciones del mismo (Amaya, 2018).

Partiendo de lo anterior, se puede establecer una línea de análisis que lleve a configurar la *lex artis* como un instrumento de gran relevancia para la estructuración sistemática de la responsabilidad médica como institución jurídica, dada la imposición al profesional de guardar diligencia en cada una de sus actuaciones en pro del bienestar del paciente y de la humanidad, evitando el dolor y el sufrimiento, como lo ratifica la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SC 7110 – 2017, en la cual manifiesta que la profesión médica guarda vínculo estrecho con la dimensión ética y jurídica que habita la noción de beneficencia y en evitar causar daño a los pacientes como se ratifica en el juramento Hipocrático, que establece los lineamientos orientados hacia la humanización de la atención médica, es decir, utilizar los recursos existentes para llevar a cabo procedimientos que procuren aliviar el dolor y el sufrimiento (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC 7710, 2017).

Ante la apreciación del alto tribunal, se entiende que ante la seriedad de las implicaciones del ejercicio de la profesión médica, surge de forma implícita una responsabilidad que puede conllevar ante la comisión de yerros, a consecuencias de carácter penal, civil o administrativos establecidas dentro del ordenamiento jurídico colombiano, admitiendo de igual forma, la garantía del debido proceso y derecho a la defensa que la Constitución y la ley le confiere a todo ciudadano.

De acuerdo con todo lo anterior, se tiene que la *lex artis* es el punto de partida para determinar el riesgo permitido en el ejercicio de la profesión médica, a fin de establecer la posibilidad de existencia o no existencia de algún tipo de responsabilidad penal de índole culposa, cuando estos parámetros se ven vulnerados, por la impericia, negligencia o imprudencia procedente iniciar un proceso que determine la responsabilidad que recae sobre el profesional.

Entonces, se puede asociar la caracterización de la profesión médica a un rol fundamental dentro de la sociedad. Es decir, sobre ellos recae la responsabilidad de mejorar la condición de bienestar y la calidad de vida de las personas mediante la praxis diligente y responsable en cualquiera de las ramas y especialidades de la medicina.

En ese sentido estricto, la responsabilidad médica nace como una variante conceptual que trata de la responsabilidad del profesional de las ciencias de la salud, y por consiguiente, de su obligación de reparar el daño ocasionado al paciente en su vida o integridad física, producto de una conducta culposa originada por impericia, negligencia, imprudencia o cualquier evento que represente un actuar contrario a las disposiciones de la *lex artis*.

Así las cosas, la responsabilidad médica, surge entonces como consecuencia del alejamiento de la *lex artis* por parte de los encargados de la prestación de los servicios de salud. Es la obligación de los médicos a reparar el posible daño ocasionado a los pacientes a raíz de la mala praxis, omisión o acciones riesgosas dentro del ejercicio de la profesión.

5.3. El deber objetivo de cuidado en la actividad médica

Sin atajos conceptuales, el deber objetivo de cuidado se hace manifiesto en toda conducta que atienda de forma prudente una tarea o procedimiento propio de un oficio o profesión. Sin embargo, no es absoluto dicho deber objetivo de cuidado, por tal razón para Choclán (1998) “es preciso examinar todos aquellos elementos que en su momento podrían contribuir a la configuración de la responsabilidad médica imprudente, como: deber objetivo de cuidado, capacidades y conocimientos especiales, riesgo permitido, *lex artis*, imprudencia profesional y del profesional” (pág. 56).

En este orden de ideas, la complejidad de la actividad médica es notable, el inminente riesgo de su ejercicio así lo indican; puesto que la medicina es una ciencia en sí, compleja y sus técnicas son dinámicas y perfectibles de forma permanente. El solo hecho de emitir un diagnóstico ya significa un cuidado de métodos, protocolos y confiabilidad de dichos resultados. Más aun, estos diagnósticos y procedimientos pueden resultar contradictorios de un médico a otro o institución a otra (Ley 23, 1981).

En consecuencia, al no aplicar la *lex artis* por parte del médico en el ejercicio de su profesión, éste se vería inmerso en una conducta calificada como culposa, que en el caso de materializarse en un daño imputable, generará una obligación del deber resarcitorio, pese a la complejidad y alto riesgo de su actividad (Solórzano Garavito, 2014).

Continuando con Solórzano, se tiene que el deber objetivo de cuidado en el mundo de la medicina goza de unas fuentes, de las cuales como primigenia encontramos la ley, ya que esta de manera concreta indica al médico cómo comportarse en cada caso en particular, en Colombia se ha tenido un desarrollo profuso respecto a creaciones, encontramos la ley 23 de 1981, y sus decretos reglamentarios, ley de enfermería, 911 de 2004, ley de bacteriología- ley 31 de 1993, ley de la profesión de terapias ocupacionales – ley 31 de

1982. Ley de profesión de fisioterapia- ley 9 de 1976, ley de profesión de psicología- ley 58 de 1983, ley de la profesión de químico farmacéutico – ley 23 de 1962, leyes 1090 de 2006 y 1164 de 2007 – reglamentarias de la psicología. Pero, aunado esto encontramos otras especialidades de la medicina que aún no tienen su propia ley pero que están siendo reglamentadas en relación con los procedimientos que se realizan a través de ellas.

En el mismo orden, se puede destacar como fuente del deber objetivo de cuidado, las experiencias decantadas por la vida, la cual se origina de las experiencias recopilada a lo largo de los tiempos, en el entendido que son repetitivas, lo que permite su análisis demostrando los aciertos y/o errores presentados, indicándole al profesional de la salud lo que en un momento determinado puede hacerse o no frente a un diagnóstico.

Igualmente, una de las fuentes más importantes a considerar resulta el principio de confianza, el cual permite, que en una actividad como la medicina, un profesional de la salud, haga lo que le corresponda, por ejemplo, en un acto médico a realizar este puede confiar cuando va a realizar una transfusión de sangre, que si las bolsas que le han entregado del banco de sangre están marcadas como A positivo corresponden a este tipo de RH y no que serán B Negativo.

Sumado a lo anterior, desde la perspectiva de Sánchez (2017) existen otras fuentes del deber objetivo de cuidado como son los reglamentos técnicos; la jurisprudencia y doctrina; y la costumbre.

En primera instancia, los reglamentos técnicos de ciertas actividades, profesiones, artes y oficios, permiten a través de protocolos como en el caso de la medicina, determinar la *lex artis* de procedimientos, tratamientos y actividades en esa rama específica; luego, la jurisprudencia y doctrina contribuyen con el establecimiento de patrones de conducta para el ejercicio de las actividades propias de cada profesión, permitiendo tener parámetros para comparar y evaluar el deber objetivo de cuidado; finalmente, la costumbre emerge como otra fuente del deber objetivo de cuidado en la medida que proporciona desde la óptica del comportamiento humano en sociedad, pautas y conceptos del “buen actuar”, consolidando principios y valores útiles y aplicables en cualquier actividad, por esto, se traduce en prudencia, cautela, pericia e inteligencia.

Y no menos importante resultan los juicios comparativos dentro de las fuentes del deber objetivo de cuidado en la actividad médica, dado que en muchas ocasiones ni la ley, las experiencias decantadas por la vida, ni el principio de confianza logran determinar cómo se debe comportar el galeno en un caso específico y es aquí en ese momento donde tiene el trabajo el sentenciador de hacer un juicio de comparación entre la conducta seguida por el médico, con la que hubiese seguido en las mismas situación un galeno diligente y prudente, siendo este juicio entonces el que va a permitir determinar si el medico violó o no el deber objetivo de cuidado.

Entonces, se puede entender el deber objetivo de cuidado en la actividad médica, como ese compromiso que reside en el médico de comportarse ante una circunstancia médica concreta, una patología, como lo exige la ciencia médica, para lo cual debe tener en cuenta los parámetros que han sido establecidos por la ley (ley de ética médica, ley de la anestesiología) o por la lex artis y que le indican cómo comportarse en cada caso, bien sea asumiendo una posición pasiva , dependiendo de lo que cada situación concreta de cada paciente le exija.

De lo anterior se deriva, que, cuando se está hablando de un tipo imprudente en la actividad médica, el primer presupuesto que se tiene que presentar es la infracción a un deber objetivo de cuidado, en donde se debe demostrar, que el profesional de la medicina infringió este deber que le era exigible. Si esa infracción no se presenta no se puede decir que estamos ante un tipo por vía de imprudencia.

De este modo, de acuerdo con lo establecido por la Ley 23 de 1981, que establece en relación con la lex artis “el médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas” (Congreso de la Republica de Colombia , 1981). Ante esta disposición, se asume que el ejercicio de las actividades y procedimientos terapéuticos, diagnósticos y quirúrgicos deben ser congruentes con las disposiciones establecidas en los diferentes manuales avalados por la comunidad científica de cada especialidad de la medicina. Es decir, la responsabilidad de mantener la línea del cuidado médico objetivo implica el conocimiento de amplio y suficiente de las técnicas, así como la experiencia en la realización de cada acto médico.

En este orden de ideas, se considera que el deber objetivo de cuidado en la actividad médica establece una serie de elementos que permiten identificar la calidad de la praxis y su pertinencia dentro del acervo técnico, científico y procedimental, siempre en favor del mejoramiento de la condición de salud y bienestar del paciente como sujeto pasivo.

Así, en el marco del establecimiento de la responsabilidad médica, Solórzano (2014) dos tipos de sujetos: activo y pasivo. El sujeto activo está directamente relacionado con la posición de garante del médico; mientras que el sujeto pasivo por su parte atañe al paciente:

Siempre que el médico no actúe tendrá que responder por un delito de omisión impropia si ese actuar no impidió que se produjera un resultado lesivo, por lo cual se considera que el compromiso genérico de protección implícito en la adopción de la protección médica constituye la base que hace de todo médico un garante; y el sujeto pasivo es el paciente o persona protegida, el cual tiene derecho a que el médico se comporte frente a él de tal forma que con su comportamiento omisivo no ponga en peligro su vida o su salud (p. 113).

Con base en lo anterior, la relación médica – paciente, ahora pasa a tener una connotación diferente: sujeto activo – sujeto pasivo, de acuerdo con la responsabilidad ética del médico de proveer de forma oportuna, soluciones eficientes ante las demandas potenciales que pueda experimentar la salud del paciente.

Además de lo mencionado hasta ahora, se pueden considerar que existen una serie de elementos que se constituyen en límites de la imputación objetiva en el marco de la disciplina médica: entre los que se destaca el principio de defensa, mediante el cual se entiende que el sistema penal (como estructura legal) está diseñado para garantizar la protección del ser humano, de sus derechos, garantías y libertades, por encima del sistema mismo.

La anterior condición, permite identificar la necesidad de establecer procesos comunicativos en los cuales se formulen las normas o reglas de configuración penal, a

partir de la dinámica social. Por lo tanto, el derecho penal tiene una función determinante en la construcción de la identidad social, mediante el apego a la percepción hegeliana consistente en la negación del derecho, y de la pena como negación de la anterior, y recurrentemente los valores de la sociedad, se pueden mantener mediante la imposición de la pena como mecanismo de control ante las desviaciones sociales, entonces, la pena se reafirma como instrumento de autoafirmación de la vigencia de la norma en defensa del sistema social.

No es más que el resultado del consenso social necesario para legitimar la defensa de los valores a los que se refiere e impera la norma penal, que debe estar diseñada de acuerdo con un sistema estructurado de principios, derechos y deberes legitimados en la Constitución y la ley. Por consiguiente, la norma penal se concibe desde la óptica de la defensa del interés de la sociedad, que se extienden hacia el ámbito político, económico, cultural, étnico y religioso, integrando las nociones de poder y autoridad como determinantes de las relaciones sociales, (Castilla, 2015).

De acuerdo con el anterior, es cuestión de establecer parámetros que permitan legitimar el acceso a la administración de justicia, para demostrar que en el derecho penal reside la intención de garantizar la protección del individuo y su naturaleza dentro de un marco normativo que delimite las actuaciones de los diferentes agentes sociales. En consecuencia, se tiene que guardar estricta relación entre la defensa de la vida y la integridad personal ante la praxis de la medicina. Es decir, garantizar que la *lex artis* promueva la responsabilidad médica como deber social trascendental. En caso contrario, lo estipulado en el derecho penal.

En este sentido, la norma penal opera como un mecanismo de protección dentro de las relaciones sociales, establece parámetros de convivencia y dictamina las sanciones a

quienes trasgredan lo considerado como conducta punible, es decir, que atente contra los derechos amparados constitucionalmente, o en su defecto, se movilice en sentido contrario a la ley. De esto surge la necesidad de fomentar dentro de la praxis de la ciencia médica la responsabilidad no solo como deber profesional, sino como compromiso social, que determine la minimización del riesgo asociado a cada procedimiento terapéutico, diagnóstico o documental.

Así, continuando con Castilla, se considera que, desde el punto de vista de la responsabilidad penal, el principio de defensa opera como una excepción del principio de confianza el cual consiste en las cualidades que se deben extender desde la conducta o ejercicio profesional en concordancia con el propósito de la medicina. Es decir, la percepción de legitimidad y apego a las normas que tienen los pacientes respecto a los procedimientos médicos, dadas las capacidades, conocimientos y destrezas inferidas en los médicos. Aun así, en los sucesos en que se requiere de la participación interdisciplinar, recurre que se confíe plenamente en el debido actuar de los demás intervinientes. Con esto se entiende, que el principio de confianza implica que exista autocontrol, es decir, desarrollar las actividades asignadas de acuerdo con lo que la sociedad espera, a los lineamientos técnicos y científicos y a los protocolos éticos y morales establecidos para el ejercicio de la profesión.

Lógicamente, dentro de la estructura de la responsabilidad penal adyacente en el ejercicio de la actividad de los profesionales de la medicina, existe limitación de lo considerado meramente “individual”, puesto que el posible daño ocasionado al paciente es valorado a partir de la conducta de quien a través de la mala praxis (con connotaciones de imprudencia, impericia o negligencia) conlleve a resultados lesivos.

Por ende, ante la necesidad de precisar en quien recae la responsabilidad, impera indicar que cuando se realiza trabajo en equipo, también existe la posibilidad de generar un

resultado o evento adverso en un procedimiento médico en el que participen directa o indirectamente diversos sujetos activos o profesionales de la salud. En este sentido, la responsabilidad recae en quien desarrolle en cabeza de sí mismo la mala praxis, puesto que los demás presumen que los otros participantes han desempeñado sus funciones de acuerdo con la *lex artis*, y observando las disposiciones legales, protocolos y manuales establecidos por instituciones autorizadas y expertos en cada ramo de la medicina.

Entonces, se considera que el principio de confianza más allá de ser un factor generador del deber objetivo de cuidado establece una serie de presupuestos fácticos que lo convierten en un límite a la imputación en el ejercicio de la actividad médica. Es decir, excluye la imputación en aquellas actividades organizadas de forma jerárquica.

En fin, el principio de confianza establece las pautas dentro de un orden de autorregulación y autodeterminación, donde cada sujeto activo trata de desenvolverse y realizar las funciones asignadas por los manuales de procedimiento de cada especialidad de la medicina, sin contemplar si lo realizado por otro, pueda llegar a materializarse en un resultado lesivo, poniendo en riesgo la vida e integridad de los pacientes. Riesgo que Castilla (2015), define como el grado de exposición a efectos negativos, presente en todo contacto social, asumiendo la relación médica – paciente como ejemplo de ello, por tanto, cualquier infracción a la *lex artis*, representa un incremento del riesgo permitido, puesto que supone potenciales afectaciones a la integridad física y la vida. Entonces, el riesgo está presente en cualquier procedimiento clínico. Ahora bien, la responsabilidad médica atañe las precauciones y previsiones necesarias para minimizarlo, o en su defecto, informar al paciente de la magnitud de este, para que sea él quien, en uso de su autonomía, decida si se expone.

En ese contexto, el riesgo permitido se suscribe a la posibilidad de producir una lesión no intencional a otro, es aquel tipo de riesgo tolerable a la luz de los límites impuestos por la

ciencia y los estándares de aceptación universal, el cual no es susceptible de imputarse objetivamente.

Entonces, el riesgo se constituye en un factor intrínseco en el desarrollo de cualquier actividad humana. Se configura a partir de la experiencia y la materialización de la acción humana sobre el medio o sus semejantes, es decir, el riesgo está presente en cualquier campo (médico, político, médico, financiero, económico, ambiental, militar). Desde esta perspectiva se puede distinguir entre lo previsible y no previsible en función del riesgo en la prestación de servicios de salud. En este aspecto se conjugan elementos de la *lex artis* y del consentimiento informado para determinar la forma en que se debe llevar a cabo cada procedimiento médico.

Inicialmente, la *lex artis* conduce a llevar a cabo buenas prácticas en el ejercicio médico, a actuar de acuerdo a los parámetros técnicos y legales que garanticen la minimización del riesgo permitido y descarten la inmersión en la responsabilidad a la que conlleva causar o generar riesgo no permitido jurídicamente.

Análogamente, al aludir al riesgo permitido, es determinante establecer relación de conexidad con el principio de confianza, debido que la responsabilidad medica puede ser ocasionada por la acción u omisión de otro profesional en una etapa previa de un procedimiento médico, ante lo cual se aplican las normas contenidas el Código Penal para establecer el grado de culpa médica, previa revisión por parte de expertos de instituciones especializadas y avaladas por la ley para emitir conceptos y dictámenes.

De este modo, el riesgo permitido surge como resultado de la interacción social, es decir, de lo que es considerado como normal y factible de acuerdo a la experiencia y a la investigación científica. Aplicado a la responsabilidad médica, es el margen de error que convive dentro de cada procedimiento, es el conjunto de posibilidades en las cuales no existe culpa médica y no se tipifica la imputación objetiva dentro del deber de cuidado médico, lo que generaría a la postre la responsabilidad penal.

Capítulo III

6. ANÁLISIS NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD EN LA ACTIVIDAD MÉDICA EN COLOMBIA

6.1. La imputación objetiva en la figura de la responsabilidad médica

La teoría de la imputación objetiva representa un medio para la articulación de la norma penal con la responsabilidad médica. En ese sentido, a partir de la formulación de la teoría de la imputación objetiva, se pasó a sustituir la relación de causalidad, por una conexión con pleno arraigo en aspectos jurídicos, más no naturales.

Esto significa, que, en el contexto práctico de la imputación objetiva, lo verdaderamente relevante es la generación de un resultado lesivo concreto como consecuencia de la ocurrencia de un riesgo no permitido, lo que quiere decir que esta doctrina pretende estudiar, si la acción realizada por el sujeto activo propicia un riesgo desaprobado que se materializa en un daño antijurídico para el sujeto pasivo (paciente) y determinar quién es el responsable de ese daño.

Entonces, para ser incriminado judicialmente debe existir una relación causa - efecto (médico-daño/muerte) que debe ser directa, próxima y principal del resultado (Vera, 2013). Así se aporta mayor claridad acerca de la causalidad inmersa dentro de la imputación objetiva, que en contraste pasa a contener elementos jurídicos más que naturales, ante lo cual Reyes (2014) afirma:

El tipo objetivo exige un proceso diferente, ya no de imputación del resultado al sujeto, sino un proceso de subsunción, en el cual debe comprobarse que el hecho acaecido satisface la descripción típica que entrega la norma de sanción. Lo relevante aquí, entonces, ya no es vincular el delito al autor como una infracción de deber sino que demostrar lo anti normativo del resultado dada la conexión entre lo efectivamente sucedido y la descripción normativa. O sea, que lo sucedido es una materialización del tipo penal. La principal dificultad en el tipo objetivo, entonces, es afirmar la acción del sujeto como condición del resultado acaecido, de manera que la relación de causalidad se transforma en la cuestión a determinar (pág. 155).

Así, la imputación objetiva obedece a preceptos normativos que tienen por finalidad determinar el tipo de responsabilidad penal que reside en los hechos que se consideran causantes de daño o muerte del paciente; se extiende hacia un horizonte de aplicación de la doctrina penal por encima de lo considerado natural en el ejercicio de la profesión médica.

Es en ese mismo ejercicio profesional, en el que se incurre en el riesgo, que está directamente asociado con la imputación objetiva como elemento fundamental en la determinación de la responsabilidad médica debido a que guarda estricta relación con el concepto de riesgo, no solo como una característica atribuible a la acción concreta, sino como consecuencia de esta (Reyes, 2014).

Todas estas observaciones hacen referencia a la necesidad que persiste a nivel social de trabajar no por la eliminación del riesgo, sino por su minimización en función de la garantía de bienestar de desarrollo armónico de las relaciones sociales. El riesgo se constituye entonces como el punto de partida para determinación de la relevancia penal de una determinada conducta, puesto que establece si el profesional actuó de acuerdo a la *lex artis* y observó lo acotado en el deber objetivo de cuidado médico.

Se asume en términos penales que existe imputación objetiva, si se logra probar que el acto médico produjo riesgo que se tradujo en un peligro que alcanzó a materializarse en un hecho concreto ya sea en la vida o integridad del paciente, motivo por el cual el derecho penal se remite a la protección de ambos bienes jurídicos protegidos constitucional y legalmente.

La imputación objetiva, como se mencionó con anterioridad tiene por objeto establecer relación causa – efecto, pero con matices propios del ámbito jurídico, a fin de determinar el tipo de responsabilidad que podría recaer en el sujeto que realiza la acción, en este caso el acto médico.

Para realizar el juicio de imputación, la teoría de la imputación objetiva ha creado una serie de criterios que permiten explicarla con mayor claridad (Solórzano Garavito, 2014).

- a. Riesgo jurídicamente desaprobado: es un tipo de riesgo no permitido por el derecho y que se origina a partir de la materialización del acto médico y que pueden tener efectos adversos en la salud del paciente como daño o muerte, por lo que se presupuesta que el profesional de la salud cuente con el conocimiento asertivo del protocolo de cada procedimiento realizado a razón de salvaguardar su responsabilidad ante la ocurrencia de una situación no deseada (daño).
- b. El principio de confianza: como se analizó anteriormente, parte de la concepción del trabajo en equipo, de la responsabilidad individual de los actos realizados y de la confianza expresa en las aptitudes y conocimientos de los que intervienen en cualquier procedimiento médico, dada la interdependencia entre especialidades y su conexión en la prestación de los servicios de salud.

- c. Cooperación o la participación en autopuesta en peligro de otro: es la contradicción de la norma general en el actuar de los médicos, lo que se resume en la cooperación no para salvar la vida, sino para poner fin a esta, siempre y cuando el paciente autorice mediante el consentimiento informado la realización de dicho procedimiento en el cual el riesgo se traslada al paciente quien tiene poder decisorio si padece enfermedad grave que está causando sufrimiento y dolor.
- d. El resultado: es toda circunstancia que se materializa en la muerte o en las lesiones que se producen y que se constituyen en un daño a la salud o a la integridad física. Es la consecuencia de la creación de un riesgo desaprobado al violar el deber objetivo de cuidado.
- e. Los bienes jurídicos: por excelencia, en el ordenamiento jurídico colombiano el bien jurídico protegido es la vida y la integridad personal, que en algunos casos por la omisión del médico puede conllevar a la muerte, caso en el cual el profesional de la salud deberá responder por el delito de Homicidio. En otros casos lo que se vulnera es la integridad personal, evento en el que el médico responderá por un ilícito de lesiones personales.

En lo que respecta al criterio de cooperación o la participación en autopuesta en peligro de otro, se considera que se configura en los casos en que el sujeto se pone en riesgo por si mismo, se deja colocar en situación riesgosa por otra persona, teniendo plena conciencia y autonomía acerca del alcance de sus decisiones y de los potenciales efectos adversos que se puedan presentar en su vida e integridad. Por ejemplo, si un paciente acude a un médico general que no llene los requisitos, formación ni conocimientos específicos para la realización de una cirugía estética, está colocando en riesgo su salud al aceptar que alguien que carezca de la pericia pertinente para un procedimiento especializado se lo realice.

Así, el anterior criterio obedece a la discrecionalidad y plenitud de facultades del paciente para decidir acerca del tratamiento a implementar o del procedimiento mediante el cual se coloque en riesgo su vida.

De esta forma, se puede inferir que en materia de imputación objetiva, lo más importante no es que se haya originado un daño lesivo o en su defecto la muerte del paciente, sino que el mismo haya sido producto de la generación de un riesgo no permitido por la *lex artis* y todo el universo de normas y protocolos, y que además, ese riesgo constitutivo de peligro se haya concretado en el resultado lesivo.

6.2. El consentimiento informado

El consentimiento informado ha evolucionado de forma paralela al desarrollo de la ciencia médica, solo que este lo ha hecho con respecto a la relación entre el médico y el paciente, logrando empoderar al individuo al hacerlo participe en cierto modo de la actividad médica, ya que finalmente, será la persona que requiere del servicio del médico quien decida si se practica el procedimiento propuesto o no (Amaya, 2018).

En palabras de Solórzano (2014), consiste en la aquiescencia o autorización que da el paciente para que el profesional de la medicina realice un determinado procedimiento, previa explicación en términos entendibles de los efectos, riesgos y otras alternativas existentes.

No, es más, que la autorización por parte del paciente para que el médico adelante un acto médico, teniendo como referencia la información a la cual ha accedido por medio del galeno acerca de la patología que padece y las diferentes formas de diagnóstico y tratamiento que existen, contemplando de forma simultánea los posibles riesgos y beneficios. Al respecto, la Corte Constitucional se pronunció mediante Sentencia T – 823 de 2002, en la cual manifiesta que el consentimiento debe ser informado, persistente y cualificado en la medida en que se materialicen los principios de autonomía, libertad, autodeterminación y soberanía, frente a los cuales el individuo tenga la potestad de disponer de su vida e integridad. El consentimiento funge como expresión de voluntad libre y espontánea en la construcción de efectos jurídicos, usualmente empleados en acuerdos, o actos de mutuo consenso. Pero, en lo que a responsabilidad médica respecta, hace alusión a la formación de un pacto u arreglo entre los profesionales de la salud y el paciente, para informar, evaluar y adoptar las medidas o tratamientos necesarios dentro del proceso de recuperación. Así, se exalta la cualidad/calidad de informado, en razón a la existencia de un amplio conjunto de elementos de juicio, observaciones, conceptos, análisis de riesgos previsible, efectos adversos y terapias alternativas que faciliten el proceso de decisión, es decir, si se realiza o no el procedimiento (Corte Constitucional, Sentencia T – 823, M.P. Rodrigo Escobar Gil, 2002).

De acuerdo con los argumentos expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia antes citada, existe una serie de principios que determinan la autonomía del ser humano en relación de la facultad exclusiva de disponer de su vida de forma voluntaria e independiente de acuerdo con sus creencias y arraigo religioso.

Entonces, el consentimiento informado en la praxis de la medicina puede ser considerado como un acuerdo mutuo que surge a partir de la relación – médico paciente, en la cual se indica si el paciente acepta o rehúsa del tipo de tratamiento que se pretende implementar, claro está, previa explicación por parte del galeno o de un equipo interdisciplinario de cada una de las implicaciones, riesgos y alternativas terapéuticas que se pueden generar para tratar la enfermedad.

Así, se encuentra que existe una forma de evidenciar la libertad y autonomía, como elementos trascendentales dentro del consentimiento informado, atendiendo a criterios del Estado Social de Derecho y el respeto por la dignidad humana entendiendo la extensión y dimensiones de la misma.

Dentro de esta sistematización del consentimiento informado, desde la perspectiva de Solórzano (2014): consentimiento directo o personal, consentimiento sustituto y consentimiento mixto.

Primero, el consentimiento directo o personal, hace referencia al que es conferido por el mismo paciente, luego de haber recibido de forma amplia y suficiente la información correspondiente al acto médico, de forma comprensible, y que facilite el entendimiento de los riesgos e implicaciones del mismo.

Luego, el consentimiento sustituto, es aquel otorgado por una persona distinta a la que va a recibir la atención (paciente), cuando legalmente esta no esté en capacidad de emitir, como es el caso de los padres, que actúan en representación de los hijos menores de edad, o el de los tutores de aquellos mentalmente incapaces o personas que se encuentren en estado de inconciencia.

En este aspecto, se puede resaltar la disposición jurisprudencial de la Corte Constitucional en el sentido de señalar que en los casos en el que el paciente sea incompetente para manifestar su voluntad, se debe remitir a la normatividad en materia de trasplantes de órganos (Ley 75 de 1988), que establece los que serán los familiares quienes tengan la responsabilidad de decidir. En primera instancia se acude al cónyuge, seguido de los hijos legítimos, continuando con los padres y por último los hermanos (Corte Constitucional, Sentencia T 401, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 1994).

De lo anterior, se tiene que puede existir consentimiento informado sustituto en cabeza de los familiares, que a su vez debe obedecer a la jerarquía reglamentada por medio de la Ley 73 de 1998 y en la cual se confiere prioridad en estricto orden a los conyugues, hijos y hermanos.

Con esta disposición, la Corte determina la existencia de la consanguineidad como factor determinante de la línea sustitutiva del consentimiento. Ahora bien, este tipo de consentimiento solo se puede realizar en el evento de que el paciente esté en incapacidad para decidir por sí mismo.

Finalmente, el consentimiento mixto sustituto y judicial se presenta en algunos casos en los cuales el paciente no puede dar el consentimiento, pero no basta con el de los padres o familiares, sino que se requiere de previo a ello autorización judicial.

En este contexto, la tipología de consentimiento mixto sustituto y judicial es ampliada en su devenir conceptual por la Corte Constitucional que manifiesta que existe la necesidad, en casos eventuales, de agotar algunos trámites judiciales en los cuales se confiera autorización a la realización de un determinado procedimiento clínico.

Esto opera claramente en los casos en que se pretenda llevar a cabo prácticas que puedan incidir en las funciones vitales de las personas, o cuando se trate de menores de edad o disminuidos mentalmente que puedan ver vulnerados sus derechos. En este sentido, es imperativo confirmar que la persona sustituida en su consentimiento, no va a tener a futuro la posibilidad de razonar y tener las facultades para otorgar por sí mismo el consentimiento.

El consentimiento mixto, es en consecuencia una figura que integra la posición decisoria de la persona o personas a cargo del paciente, luego de recibir autorización por parte de autoridad judicial, especialmente en casos en los cuales se puedan presentar efectos definitivos en el funcionamiento de órganos o sistemas del cuerpo humanos, denotando la característica de irreversible de dichos procedimientos. Además, atañe a la imposibilidad del paciente de recuperar su capacidad de autonomía y conciencia en el futuro.

Este tipo de consentimiento requiere de un tipo de análisis consensual que exige al juzgador establecer criterios objetivos y subjetivos para que su actuación preserve los derechos del paciente y a su vez promueva la pertinencia del acto médico en pro de la garantía de la prestación de los servicios de salud de forma oportuna y eficaz. De forma complementaria, la Corte Suprema de Justicia acota aproximaciones que dan rigor constitucional y legal al consentimiento informado como documento clave para la determinación de la responsabilidad médica en función del riesgo permitido, ratificando su efecto sobre la inviolabilidad de la dignidad humana y autonomía de las personas. Razón por la cual, la práctica médica se somete a la aplicación de principios constitucionales soportados en normas de carácter internacional sobre derechos humanos. En consecuencia, el consentimiento informado es análogo a los derechos fundamentales, se extiende hacia los pacientes en el espectro de la toma de decisiones libre y espontánea sobre su salud física y mental, previa explicación del especialista o especialistas del caso. (Sentencia SC 7110, 24 de mayo, M.P. M.P Luis Armando Tolosa Villabona, 2017).

Entonces, la garantía de las libertades, la autonomía y autodeterminación, juegan un papel estratégico dentro del Estado Social de Derecho abarcando cualquier tipo de acción humana, en especial, aquellas dirigidas a propiciar el bienestar de la sociedad a partir de la praxis de la medicina.

Cabe mencionar que el consentimiento informado obedece a una serie de principios establecidos en el marco del derecho internacional, específicamente en artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el que se expresa que “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos” el anterior articulado se convierte en la matriz que da origen a la percepción de autonomía e independencia en la que se afirma que el ser humano es libre en sus decisiones siempre y cuando esté en unos de sus plenas facultades físicas y mentales, para conocer todo lo concerniente a los riesgos, resultados y procedimientos alternativos a los que se expone con la realización de un acto médico.

Así, los galenos en su actuar deben ser garantes de no incurrir en riesgos injustificados que pongan en peligro la vida e integridad personal de los pacientes. Para ello, es necesario que se lleven a cabo todos los procedimientos, protocolos y técnicas previamente establecidos en la *lex artis*, que funge como un manual de lo que se “debe y puede realizar” dentro del rango que confiere el riesgo permitido.

Continúa la Corte en la Sentencia de referencia aclarando el alcance del consentimiento informado y la claridad objetiva de su contenido en términos científicos, valorativos y diagnósticos, refiriéndose al derecho a recibir información completa, clara y suficiente

acerca del estado real del paciente, del diagnóstico, de los riesgos y beneficios que pudiesen ocurrir tras la materialización del procedimiento. (Sentencia SC 7110, 24 de mayo , 2017).

Se observa la intención de la Corte Suprema de Justicia, para desglosar la existencia de tres elementos fundamentales dentro del consentimiento informado: el diagnóstico, el riesgo y los beneficios. De ahí se desprende la necesidad de surtir eficientemente cada una de las etapas de los tratamientos, en particular de los procedimientos quirúrgicos que revisten mayor complejidad e interdisciplinariedad. Por ende se acude reiterativamente al principio de confianza como apéndice que facilita la interpretación de la responsabilidad individual en cada acto médico.

6.3. La vida e integridad física como los bienes jurídicos más vulnerados a consecuencia de la responsabilidad médica

La vida y la integridad personal serán el bien jurídico protegido en caso de responsabilidad médica asociada a la mala praxis (Solórzano Garavito, 2014). Este tipo de conducta puede derivar en consecuencias penales estipuladas dentro del ordenamiento jurídico colombiano bajo la figura de homicidio y lesiones personales dependiendo el caso.

En consecuencia, y obedeciendo al criterio del bien jurídico protegido a través de la ley penal es el derecho a la vida, dependiendo de la magnitud de la gravedad de la infracción a la lex artis y el resultado lesivo ocasionado en la persona del paciente. El código penal en su articulado contempla la protección de la vida, y de la integridad física de las personas mediante la prevención de posibles lesiones personales.

De esta manera, se guarda concordancia con el principio de defensa que reside en el deber objetivo de cuidado médico y que establece un marco regulatorio y normativo para la

protección del individuo humano como ser natural, y por ende de la sociedad y sus derechos fundamentales.

Claro ejemplo, es el homicidio culposo como uno de los más comunes, estipulado en artículo 109 del código penal que determina una pena de entre 2 a 6 años de prisión, debido a la mala praxis médica y a la violación de los preceptos de la *lex artis*, muchos procedimientos culminan en un resultado en extremo dañoso para al paciente, hasta el punto de que este último pierde su vida; así mismo, otro de los delitos que con más frecuencia puede cometer un médico en ejercicio de su profesión, es el de las lesiones personales culposas tipificado en el artículo 120 de Código Penal, el cual dispone de una pena de 1 a 3 años (excarcelable). (Amaya, 2018). Esta configuración de lo penal dentro del ejercicio de la actividad médica es serio indicador de la responsabilidad del Estado a través de la administración de justicia para garantizar la sanción de aquellas conductas violatorias del deber objetivo de cuidado, la *lex artis*, el consentimiento informado, la generación de riesgos materializados en resultados lesivos que atenten contra la vida e integridad personal del paciente.

Para tener mayor claridad acerca de este tópico, es prudente contemplar la jurisprudencia emitida desde la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que en Sentencia de referencia 11001-3103-019-1999-00533-01 del 17 de noviembre de 2011, arguyó que la actividad médica resalta por su alto contenido social que implica la exigencia al profesional de la salud, de especial cuidado en la diligencia del ejercicio de su actividad de acuerdo a la *lex artis*. Por lo tanto, la responsabilidad médica se configura solo en el ámbito de la culpa entendida como la infracción a los deberes de conducta que le impone su profesión como mandatos, guías, parámetros, protocolos (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. William Namén Vargas, 2011).

La naturaleza y rigor social de la actividad médica definen la conducta de dichos profesionales, puesto que le plantea responsabilidad y obligaciones en pro de la protección de la vida e integridad personal de los pacientes. Ahora bien, deben actuar de forma prudente y en observancia de las pautas para no incurrir a infracciones al deber objetivo de cuidado, con lo cual se estaría hablando de culpa médica.

En sentido similar, Rueda Marín (2009) en su artículo sobre la concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médica, destaca el papel trascendental de la defensa de la vida e integridad como bienes jurídicos tutelados con rigor constitucional y en torno a los cuales gira el orden social. Plantea, que en las intervenciones médico – quirúrgicas existe el riesgo latente de afectar bienes jurídicos tutelados como la vida, integridad física y mental, con el propósito de alcanzar efectos curativos. Entonces coexisten desde la probabilidad de ocurrencia, resultados favorables y desfavorables.

Dentro del análisis responsabilidad médica, se puede diferenciar como elemento sustancial, la necesidad de regular mediante pautas, reglas y procedimientos, el actuar de los profesionales de la salud, en función de la garantía de los bienes jurídicos tutelados, del equilibrio social, la reducción de los casos en que se irrumpe en el ámbito de lo no permitido o antijurídico y la minimización de las infracciones al deber objetivo de cuidado médico.

No puede parecer subrealista, identificar cuáles pueden ser las formas o causas que dan origen a las infracciones del deber objetivo de cuidado, que por su naturaleza indican conductas que desencadenan el delito imprudente como manifestación penal de la responsabilidad médica e implican la vulneración de los bienes jurídicos mencionados en este apartado.

Ahora bien, el criterio general de la defensa de los derechos amparados constitucionalmente constituye la motivación de la ley dentro del Estado Social democrático y puesta en órbita “superior” delimita el campo de la actuación profesional de los médicos y suscribe en primera instancia responsabilidad social y luego aquellas propias de la cualificación y calificación de su conducta y resultado de esta.

6.4. La culpa o imprudencia médica

La culpa o imprudencia médica, es el resultado de la infracción verificable del deber objetivo de cuidado médico. Es decir, de aquella conducta o acción del profesional de la salud, que pudo generar riesgo materializado en daño de la salud del paciente. Para entender el daño, es corrector remitirnos a lo que planteó el Consejo de Estado en un caso de Reparación Directa con radicado 25-000-23-26-000-2006-01724-01 (41144) y ponencia del Consejero Jaime Enrique Rodríguez Navas, en el que se explica que la responsabilidad médica se funda en la noción del daño padecido por el paciente, y que causa un deterioro en el interés o bien humano tutelado jurídicamente, por lo que se presume reacción consistente en la reparación o sanción penal que determine la ley.

Sigue la Sentencia del Consejo de Estado, acotando que el daño se reduce a dos elementos, uno físico – material; y otro, jurídico – formal. El primero consiste la lesión de la corporeidad o existencia del hombre; el segundo por su parte, se tipifica cuando recae sobre un interés tutelado por el derecho, sin acceder ningún tipo de excepción o justificación que lo legitime.

De acuerdo con el argumento del consejero Ponente, se puede establecer relación entre el concepto de daño físico y material con el ejercicio de la actividad medica propiamente dicha, puesto que se asume esta categoría cuando se lesiona la corporeidad o existencia misma del hombre.

Bajo este criterio, se considera que en la praxis médica existe culpa cuando se comete infracción al deber objetivo de cuidado médico, al propiciar riesgo no permitido que derive en lesiones para la salud y la vida de los pacientes.

Además, la antijuricidad del daño evoluciona de forma paralela con el atentado que se ocasione a un bien jurídico tutelado, en este caso la vida e integridad personal, lo cual tiene el ordenamiento jurídico colombiano implicaciones descritas en el artículo 23 del Código Penal.

Por ende, es preciso caracterizar el tipo de responsabilidad que recae sobre el médico en su rol de garante dentro de su ejercicio profesional. La responsabilidad penal que surge a partir de un acto médico que genera daño o resultado lesivo al paciente de forma dolosa o culposa, cuenta con sanciones tipificadas en el Código penal y pueden ser: privación de la libertad, multa o inhabilitación parcial o definitiva del ejercicio profesional; o de tipo administrativa, en el caso que se considere que el médico vulnera algunos de los principios establecidos en la normatividad en relación con la prestación de los servicios de salud, con independencia del daño acusado en el sujeto pasivo.

Por tal motivo, se tiene en cuenta la posición de Giraldo y Krupskaya (2017), para quienes, al momento de establecer la culpabilidad médica, se debe tener en cuenta como primer elemento pericial, la historia clínica, la cual se convierte en evidencia documental en la que se detallan los pormenores del procedimiento. Ello implica que no se cometan errores u omisiones en su diligenciamiento, lo que podría dar lugar a fallas en el juzgamiento de la actuación cuidadosa, ética, prudente, diligente y responsable del galeno.

Los autores concluyen que además, la actuación médica debe evaluarse en relación al contenido de la *lex artis* mediante se analizan aspectos correspondientes al conocimiento, actualización, complejidad del acto médico y características específicas de la enfermedad, reconociendo el interés mutuo en obtener resultados favorables, se debe admitir la posibilidad de ocurrencia de eventos adversos, entre ellos la muerte del paciente.

Estas apreciaciones, son claves a la hora de identificar la relevancia de la *lex artis* en la configuración de la culpa del médico en un determinado acto que haya elevado un riesgo aprobado y materializado en daño lesivo en la salud del paciente. Ante lo cual, Vera (2013) manifiesta que la culpa constituye una desviación de la conducta debida, de la autonomía, la voluntad o el intelecto, que por comisión u omisión debe existir para prevenir o prever un daño o en su defecto, incumpliendo los deberes establecidos por las directrices de la especialidad en la que se encuentre inmerso el profesional. La culpa, se caracteriza por la ausencia de la intención de causar daño, pero se tipifica en los casos de impericia, falta de previsión, negligencia o imprudencia, y de ella se deriva por lo tanto, la imputación a quien la ocasiona.

Entonces, de acuerdo con Vera (2013) se puede determinar que la culpa procede a través de la violación por acción u omisión de lo debidamente establecido en la *lex artis* de la profesión médica, además, de las infracciones que en el desarrollo del acto médico se pudiesen cometer al deber objetivo de cuidado. En otras palabras, existe culpa cuando el galeno falta a una obligación preexistente.

Ahora bien, es necesario decantar la evolución de la culpa médica en su terminología, definición y concepto, anteriormente se encontraba asociado a la intención manifiesta de dañar o atentar contra la integridad del paciente; o meramente culpa en el entendido que se evidencie ausencia de [idoneidad, impericia, negligencia, o imprudencia], remplazados de forma asertiva por el artículo 23 del Código Penal Colombiano el cual expresa que una 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 (Ley 599, 2000).

Entonces, obedeciendo a la lógica de la norma citada, el deber objetivo de cuidado médico es un factor determinante en medio de la relación médico – paciente, puesto que es el elemento tenido en cuenta para la determinación de la culpa a través del ejercicio profesional de los galenos.

En Colombia, el ordenamiento jurídico obliga a los profesionales de la salud en su condición de garantes, a ser responsables ante las posibles consecuencias perjudiciales que su ejercicio profesional genere en los pacientes.

6.4.1. Tipos de culpa médica o infracción al deber objetivo de cuidado médico

De este modo, Vera (2013), considera que la infracción al deber objetivo de cuidado en la actividad médica puede presentarse en los casos en que exista impericia, imprudencia o negligencia en el actuar del profesional de la salud. La impericia es la falta total o parcial de conocimientos técnicos, experiencia o habilidad para el ejercicio de la profesión, entendiendo que puede ser de origen, de olvido o de práctica; la imprudencia por su parte, consiste en realizar actos de manera apresurada, sin tomar las debidas precauciones o estimar los riesgos y ejecutar conductas peligrosas que atenten contra la salud e integridad del paciente; finalmente, la negligencia está asociada directamente con el incumplimiento u omisión de los principios de la profesión.

Como se puede apreciar, la impericia, imprudencia y negligencia se constituyen en las formas más frecuentes de culpa médica, culpa que tiene intrínseco dentro del Código penal, una serie de responsabilidades que, en la medida de ser debidamente probadas, pueden ocasionar la inhabilidad, detención y sanción del galeno o del profesional de la salud.

De este modo, se puede establecer que la impericia médica se fundamenta en la carencia de capacidades, habilidades, conocimientos y aptitudes profesionales para realizar un determinado acto médico y como consecuencia de ella, puede generar en riesgo no permitido, peligro y resultado lesivo.

Por su parte, la negligencia obedece a la no implementación o ejecución adecuada de los métodos, técnicas y procedimientos terapéuticos cuando estos son de pleno conocimiento, manejo y conciencia del profesional de la salud, y que, pese a ello no los lleva a la praxis, deteriorando la salud del sujeto pasivo.

Finalmente, la imprudencia médica se tipifica a partir de una conducta aplicada al acto médico sin diligencia y sin tomar las debidas precauciones, y que pueden ocasionar daño en la salud del paciente que hubiera podido evitarse o preverse.

Conclusiones

Al finalizar el desarrollo de la monografía, se lograron identificar una serie de parámetros técnicos generales del deber objetivo de cuidado en la práctica médica, entre los cuales destacan: la ley, las experiencias decantadas de la vida, el principio de confianza, la jurisprudencia, los reglamentos técnicos y la costumbre.

En primera instancia, la ley se convierte en el faro o referencia normativa que reglamenta y regula el ejercicio de la actividad médica, indicando las responsabilidades que se pueden derivar de actos médicos inapropiados en los que se exponga al paciente a un riesgo jurídicamente desaprobado; la experiencia de cantada de la vida, es la recopilación de evidencia previa obtenida de casos similares que configura una guía empírica del que hacer o no hacer frente a un diagnóstico determinado; el principio de confianza lleva a los profesionales de la salud a realizar lo que les corresponde, asumiendo que los demás intervinientes han actuado de forma acertada y atendiendo los reglamentos técnicos.

Luego, la jurisprudencia facilita el establecimiento de patrones de conducta para comparar y evaluar el deber objetivo de cuidado en la actividad médica, en la medida en que se presenten actuaciones que coloquen en riesgo la salud e integridad física de los pacientes a causa de la impericia, imprudencia o negligencia; los reglamentos técnicos juegan un papel determinante en el deber objetivo de cuidado, reúnen el conjunto de protocolos y guías avalados por la comunidad científica dentro de los límites de la *lex artis*, por lo cual requieren de especial atención para llevar a cabo cualquier tipo de atención o procedimiento médico; finalmente, la costumbre se asocia con el comportamiento humano, dado que provee las pautas y conceptos del buen actuar, prescribe los principios y valores que conducen a desarrollar el acto médico de forma prudente, cautelosa, con pericia e inteligencia.

Al analizar los aspectos normativos y jurisprudenciales, concluye que en términos penales se configura imputación objetiva en el ejercicio de la práctica médica, si se logra probar que el acto médico produjo riesgo que se tradujo en un peligro que alcanzó a materializarse en un hecho concreto ya sea en la vida o integridad del paciente, motivo por el cual el derecho penal se remite a la protección de ambos bienes jurídicos protegidos constitucional y legalmente.

De esta forma la imputación objetiva en la práctica médica, conduce a determinar la responsabilidad del profesional de la salud en atención a criterios que facilitan la valoración de las actuaciones como son: el riesgo jurídico desaprobado, el principio de confianza, la autopuesta en peligro de otro, el resultado, el consentimiento informado y los bienes jurídicos tutelados.

En materia jurisprudencial la Corte Constitucional ha sido enfática en resaltar la importancia del consentimiento informado como medio para formalizar la autorización voluntaria en la que el paciente conoce, acepta y asume los riesgos permitidos a los que se expone en un determinado procedimiento. En razón a ello, en la Sentencia T - 823 de 2002, expresa que el consentimiento informado, deben fundarse en los principios de autonomía, libertad, autodeterminación y soberanía, frente a los cuales el individuo tenga la potestad de disponer de su vida e integridad. Es decir, el consentimiento funge como expresión de voluntad libre y espontánea en la construcción de efectos jurídicos, usualmente empleados en acuerdos, o actos de mutuo consenso.

De manera análoga, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia 7110 de 2017, establece conexión entre el consentimiento informado y los derechos fundamentales, extendiéndose hacia los pacientes en el espectro de la toma de decisiones libre y espontánea sobre su salud física y mental, previa explicación del especialista o especialistas del caso.

En materia de Responsabilidad Médica, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que en Sentencia de referencia 11001-3103-019-1999-00533-01 del 17 de noviembre de 2011, argumentó que la actividad médica resalta por su alto contenido social que implica la exigencia al profesional de la salud, de especial cuidado en la diligencia del ejercicio de su actividad de acuerdo con la *lex artis*. Por lo tanto, la responsabilidad médica se configura solo en el ámbito de la culpa entendida como la infracción a los deberes de conducta que le impone su profesión como mandatos, guías, parámetros, protocolos.

En relación con la culpa, el Consejo de Estado en proceso con radicado 25-000-23-26-000-2006-01724-01 (41144) explica que la responsabilidad médica se funda en la noción del daño padecido por el paciente, y que causa un deterioro en el interés o bien humano tutelado jurídicamente, por lo que se presume reacción consistente en la reparación o sanción penal que determine la ley.

En conclusión, en el contexto de la aplicación de la norma penal, el médico estará obligado a responder por el daño que cause a su paciente como resultado de una conducta dolosa, o en su defecto, por su culpa, si el resultado adverso se origina a partir de la negligencia, imprudencia o impericia. En ese sentido, corresponde al Estado, a través del ejercicio de las funciones de la fiscalía general de la Nación, presentar las pruebas necesarias para desvirtuar la presunción de inocencia (que opera como garantía constitucional del indiciado) y demostrar plenamente que se presentó una conducta punible con todos sus elementos.

En síntesis, la realidad del ejercicio de la profesión médica se suscribe a la existencia ineludible del riesgo, que en la medida que este riesgo se encuentre dentro de los límites permitidos por la *lex artis* y los protocolos médicos de aceptación universal, no configuran responsabilidad penal y legitimados en el hecho de contar con el consentimiento informado libre y autónomo por otorgado por el paciente. Por lo que se excluye la responsabilidad penal.

Referencias

- Amaya, J. (2018). *Repositorio Universidad Católica de Colombia*. Recuperado el 24 de mayo de 2020, de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/15899/1/Responsabilidad%20m%C3%A9dica.pdf>
- Amaya, J. (2018). *Responsabilidad penal en el ejercicio de la profesión médica en Colombia*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Arias, J. (2014). Responsabilidad y culpa médica: antecedentes y conceptos. *Academia y Derecho*, 5(8), 173 - 192.
- Bazán, C. (2011). El acto médico. *El acto médico, cuadernos de debate en salud*, 16 - 24.
- Beltran, J., & Torres, D. (2020). *La responsabilidad penal médica en Colombia: antecedentes y debates actuales*. Ibagué: Universidad Cooperativa de Colombia.
- Castilla, V. (2015). *La infracción al deber objetivo de ciudadano en al actividad automotor: aspectos problemáticos*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Choclán, A. (1998). *Deber de cuidado y delito imprudente*. Barcelona: Bosch.
- Congreso de la República. (2000). *Ley 599*. Bogotá.
- Congreso de la Republica de Colombia . (1981). *Ley 23*. Obtenido de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0023_1981.htm
- Consejo de Estado Sección Tercera. (2018). *Proceso de radicado 25-000-23-26-000-2006-01724-01 (41144)*. Bogotá.
- Corte Constitucional. (1994). *Sentencia T 401* . Bogotá: Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. (2002). *Sentencia T - 823*. Bogotá: M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2011). *Sentencia de referencia 11001-3103-018-1999-00533-01*. Bogotá.

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2017). *Sentencia SC 7110, 24 de mayo*. Bogotá: M.P Luis Armando Tolosa Villabona.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2018). *Sentencia SC 5641*. Bogotá: Magistrado Ponente Margarita Cabello Blanco.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Expediente No 33920. (2012). *11 de abril*. Bogotá: MP Augusto Ibañez.
- Giraldo, D., & Krupskaya, H. (2017). *Auditoría del acto médico en los profesionales de medicina general como herramienta de mejoramiento continuo de la calidad de atención primaria en salud*. Bogotá: Trabajo de Grado, Fundación Universitaria del Área Andina.
- Guzmán, F., & Arias, C. (2012). Deber general de cuidado. *Revista Colombiana de Cirugía*(27), 264 - 269.
- Lozano, J., Lesmes, M., & Barrera, L. (2016). *Análisis jurídico de las conductas punibles derivadas de la actividad médica en Colombia*. Cali: Universidad Cooperativa de Colombia.
- Luzón Peña, D. M. (2016). *Lecciones de derecho penal. Parte General* (3a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Palomino, R. (2008). *Responsabilidad médica, consentimiento informado y nuevas tecnologías*. Bogotá: Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario.
- Reyes, I. (2014). *Falta de cuidado y riesgo permitido. Una clave de lectura del artículo 10 No8 del Código Penal*. Santiago: Universidad de Chile.
- Romeo Casabona, C. M. (2011). *El médico y el derecho penal*. Rubinzal Culzoni.
- Rueda Marín, M. Á. (2009). La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico - quirúrgica curativa. *In Dret, Revista para el Análisis del Derecho*(4), 6 - 51.

- Sánchez, E. (2017). *Imputación Objetiva y Delito Imprudente* (Segunda ed.). Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Solórzano Garavito, C. R. (2014). *Derecho Penal y Responsabilidad Médica en Colombia* (Segunda ed.). Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Vásquez, J. E. (2010). La "Lex Artis ad hoc" como criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico. A propósito de un caso basado en la elección de la técnica empleada en el parto (parto vaginal vs. cesárea). *Cuaderno de Medicina Forense*, 3(16), 179 - 182.
- Vera, O. (2013). Aspectos éticos y legales en el acto médico. *Revista Médica la Paz*, 2(19), 73 - 82.
- Witker, J. (2008). Hacia una investigación jurídica integrativa. *Revista Jurídicas UNAM*, 16(122), 943 - 964.
- Yungano, Bolado, Poggi, & Bruno. (1982). *Responsabilidad profesional de los médicos. Cuestiones civiles, penales, médico - legales y deontológicas*. Buenos Aires: Universidad.