

RESPONSABILIDAD MÉDICA PENAL POR IMPRUDENCIA

**JUAN PABLO CERON FAJARDO
CARMEN ELENA DELGADO VIVEROS**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PROGRAMA DERECHO
SAN JUAN DE PASTO
2012**

RESPONSABILIDAD MÉDICA PENAL POR IMPRUDENCIA

**JUAN PABLO CERON FAJARDO
CARMEN ELENA DELGADO VIVEROS**

**Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de
Abogado**

**Director:
Dr. JOSE ANTONIO ALAVA VITERI.
Defensor público
Docente del Programa de Derecho de la Universidad de Nariño**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PROGRAMA DERECHO
SAN JUAN DE PASTO
2012**

NOTA DE RESPONSABILIDAD

Las conclusiones aportadas en este trabajo de grado son de responsabilidad exclusiva de sus autores. En consecuencia, se exonera de toda responsabilidad a la Universidad de Nariño.

Artículo 1º del Acuerdo Número 324 de Octubre 11 de 1966 del Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

Nota de aceptación

Firma del Presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

San Juan de Pasto, Agosto de 2012

A Dios todo poderoso, por conducirnos por el buen camino que nos ha traído hasta aquí.

A mi madre y hermanos, por su profunda y grata colaboración.

A mis padres, mis hermanos y mi hija por su abnegado apoyo y comprensión.

AGRADECIMIENTOS

Los autores expresan su profundo agradecimiento al Doctor Leonardo Enríquez, Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño, a quien consideramos como guía y amigo. Gracias por su apoyo incondicional en el desarrollo de nuestras vidas como estudiantes, por su interés fraterno de formar personas de bien y por su entusiasmo y dedicación constante en la elaboración del presente trabajo.

Así mismo, agradecemos todo el apoyo brindado por los doctores José Antonio Álava Viteri, Rodolfo Javier Rosero Cuero y Esteban Javier Palacios León.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	12
1. DESARROLLO TEÓRICO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA	
PENAL.....	14
1.1 RESPONSABILIDAD MÉDICA COLOMBIANA.....	18
1.2. EL RIESGO MÉDICO.....	19
1.3 LA RESPONSABILIDAD DE MEDIO Y DE RESULTADO	21
1.4 EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD.....	23
1.4.1 Los casos de fuerza mayor y el caso fortuito.	23
1.4.2. El hecho de un tercero	25
1.5 ASPECTO JURÍDICO	28
1.5.2 Visión Administrativa.	29
1.5.3 Lo Disciplinario.	29
1.5.4. Desde lo Penal.....	29
1.5.5. La visión ética – médica	30
1.6 IMPUTACIÓN OBJETIVA	31
2. MARCO LEGAL	32
2.1 REGLAMENTACIÓN DE LA PRÁCTICA MÉDICA	32
2.2 NORMATIVIDAD EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD MÉDICA	35
2.3 DERECHOS DEL PACIENTE	37
3. ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA PENAL	44
3.1 ASPECTO HISTÓRICO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA	44
3.2 ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE 1991.....	45
3.3 DESARROLLO JURISPRUDENCIAL CONSTITUCIONAL	
COLOMBIANO RELATIVO AL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD	
PENAL EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO.....	47
3.3.1. Sentencias C-176/93 y C-647/01, del Magistrado Ponente Alfredo	
Beltrán Cierra	48

3.3.2.	Sentencia C-355 del año 2006.....	58
4.	RESPONSABILIDAD MÉDICA PENAL POR IMPRUDENCIA	60
4.1	CASO ESTADO VS. BARÓN Y GUEVARA	60
4.2	IMPUTACIÓN AL TIPO OBJETIVO Y LA CREACIÓN DEL RIESGO NO PERMITIDO EN EL DELITO IMPRUDENTE EN COMENTO	61
4.3	DESARROLLO DEL CASO.....	63
5.	CONCLUSIONES.....	70
6.	RECOMENDACIONES	72
	BIBLIOGRAFÍA.....	73

GLOSARIO

ACTOR: o demandante. Persona (física o jurídica) que entabla una demanda judicial.

DEMANDADO: Es la persona contra quien se dirige la demanda. Es la "contra - parte" del actor.

IMPUTADO: persona a la que se atribuye la comisión de un delito.

JUICIO: controversia que se produce entre dos o más personas, ante un juez competente -y de acuerdo a reglas preestablecidas (procedimiento)-, quien le pone término por medio de un fallo que aplica el derecho.

PARTES: en Derecho Procesal, es todo aquel que interviene en un proceso en defensa de un interés o un derecho que lo afecta, ya lo haga como demandante o demandado, querellante o querellado, acusador o acusado.

PROCESADO: es la persona a la que se atribuye la presunta comisión de un delito, en base a las pruebas reunidas durante la primera etapa del proceso penal (Instrucción). El imputado pasa a ser procesado cuando el juez de Instrucción así lo declara, mediante juicio de probabilidad, de carácter provisorio, que no destruye la presunción de inocencia.

PROCESO: serie progresiva y concatenada de actos que se desarrollan de acuerdo las leyes preestablecidas y que se inicia con una demanda (fuero civil) o denuncia (fuero penal) y concluye con una sentencia. El proceso puede tener más de una instancia, en caso de que la sentencia sea apelada por alguna de las partes.

RESUMEN

El ejercicio de la medicina en Colombia ha cambiado en forma radical en los últimos años, con la aparición de las demandas médicas que a la postre han llevado a ejercer una medicina defensiva, con mayor deterioro en la relación médico - paciente.

Los procedimientos judiciales frente al fortalecimiento del Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia han sido llevados al límite durante los últimos años dentro del Ordenamiento Jurídico vigente en nuestro país, registrando aspectos relevantes para nuestro estudio, como lo son la orientación, enfoque y sostenibilidad del Sistema que desarrollaron el camino de la aplicación del contenido del Artículo 49 de la Constitución Política confrontado con el Sistema Penal actual en Colombia, cosa que ha generado una incertidumbre en la aplicación material del derecho a nivel de la administración de justicia y puesta en marcha dentro del aparato jurisdiccional y los métodos de interpretación y argumentación legal aplicables, donde no se le ha dado la importancia suficiente a la competencia Constitucional generadora de cambios sustanciales en el contenido orgánico de los derechos fundamentales contenidos en la norma superior que desembocan en un panorama de incertidumbre jurídica.

En este espacio hipotético los estudiosos del derecho y la población en general no han tenido la suficiente información en cuanto a los procedimientos generales de reclamación dentro del Sistema de Seguridad Social Integral, como sujetos de derecho y las posibles controversias que se puedan suscitar en el marco de la prestación del Servicio, toda vez que dentro de esta se presente una conducta de acción u omisión en la atención médica que afecte bienes jurídicos. En el estudio, asesoramiento y desarrollo de la Atención primaria en Salud y los pronunciamientos de la los tribunales locales y de las Altas Cortes no existe una teoría unificada sobre el tema de la responsabilidad penal en la prestación médica derivada de la misma Constitución.

Es aquí donde la responsabilidad penal surge por la afectación de bienes jurídicos tutelados como consecuencia de la prestación del servicio médico que crean riesgos reales, el cual encuentra como último mecanismo el hecho de suscitar una controversia jurídica para el reconocimiento y protección de estos derechos constitucionales y es en este nuevo punto donde llegamos al vacío normativo y la falta de adoctrinamiento constitucional sobre la resolución de conflictos jurídico penales en el marco de la prestación del servicio médico.

ABSTRACT

The practice of medicine in Colombia has changed radically in recent years with the emergence of medical claims that ultimately led to practice defensive medicine, with further deterioration in the doctor - patient relationship.

Judicial proceedings against the strengthening of the Comprehensive Social Security System in Colombia have been pushed to the limit in recent years within the existing legal system in our country, recording aspects relevant to our study, such as orientation, focus and sustainability of the system who developed the way that the contents of Article 49 of the Constitution confronted with the current penal system in Colombia, which has led to uncertainty in the actual implementation of the law at the administration of justice and implementation within the judicial apparatus and methods of interpretation and applicable legal argument, where we has not been given enough importance to competition Constitutional generating substantial changes in the organic content of the fundamental rights contained in the higher standard that lead to a situation of legal uncertainty.

In this hypothetical space law scholars and the general population have not had enough information about the general procedures of claim within the Comprehensive Social Security System, as subjects of law and any disputes that may raise under of the Service, since this is presented within a course of action or omission in the care that affect legal rights. In the study, assessment and development of Primary Health Care and the pronouncements of domestic courts and the High Courts there is no unified theory on the subject of criminal responsibility in the medical benefit derived from the Constitution itself.

It is here that criminal liability arises from the effect on legally protected as a result of the provision of medical services that create real risks, which as a last mechanism is the fact raise a legal dispute for the recognition and protection of human rights and constitutional is at this point we arrive at the new regulatory vacuum and lack of constitutional indoctrination on criminal legal dispute resolution under the provision of medical service.

INTRODUCCIÓN

La construcción teórica de la responsabilidad médica penal, que se estudiará en el presente trabajo, puede ser entendida como aquel fenómeno jurídico que decanta de la práctica misma de la prestación del servicio de salud y las directrices a las que tal servicio se sujeta en nuestro país, situaciones que no fueron consideradas por el legislador en el momento de crear la norma que rige la praxis médica, lo que en la contemporaneidad permite que se presenten incertidumbres recreadas dentro de los casos que se estudiarán en adelante.

Los procedimientos judiciales frente al fortalecimiento del Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia han sido llevados al límite durante los últimos años dentro del Ordenamiento Jurídico vigente en nuestro país, registrando aspectos relevantes para nuestro estudio, como lo son la orientación, enfoque y sostenibilidad del Sistema que desarrollaron el camino de la aplicación del contenido del Artículo 49 de la Constitución Política confrontado con el Sistema Penal actual en Colombia, cosa que ha generado una incertidumbre en la aplicación material del derecho a nivel de la administración de justicia y puesta en marcha dentro del aparato jurisdiccional y los métodos de interpretación y argumentación legal aplicables, donde no se le ha dado la importancia suficiente a la competencia Constitucional generadora de cambios sustanciales en el contenido orgánico de los derechos fundamentales contenidos en la norma superior que desembocan en un panorama de incertidumbre jurídica.

De este modo, se propone a consideración un tema novedoso que estudia además las prácticas jurídicas y jurisprudenciales que se implementan para el estudio de casos de responsabilidad penal en la prestación del servicio médico en el Sistema Integral de Seguridad Social en Salud actual.

Para explicar lo anterior, se desarrolla el presente trabajo, titulado: “RESPONSABILIDAD MÉDICA PENAL POR IMPRUDENCIA”, con el cual se pretende analizar todas las consideraciones anteriormente planteadas.

Para tal efecto, en el primer capítulo se exponen las principales ideas del aspecto teórico de la responsabilidad en la práctica médica y la responsabilidad que dentro de ésta se genera.

En el segundo capítulo se estudia el aspecto legal de la responsabilidad médica en Colombia, confrontado con los diferentes tipos de responsabilidad legal y la fundamentación legal y constitucional en la que se sostiene, partiendo de la teoría general y los aportes hechos por autores como Günther y Roxin, entre otros.

En el tercer capítulo se plantean unos antecedentes de la responsabilidad médica en Colombia y la perspectiva del desarrollo jurisprudencial del tema bajo los criterios plasmados en las sentencias constitucionales desde el año de 1992.

Por último, en el cuarto capítulo se propone un ejemplo de responsabilidad penal en la prestación del servicio médico presente en el caso ESTADO Vs. GUEVARA TAPIA Y BARON BARRERA, donde se observa cómo se aprecia la práctica médica dentro del marco de la teoría de la imputación objetiva.

1. DESARROLLO TEÓRICO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA PENAL

A casi dos décadas de la promulgación de la Ley 100 de 1993 estamos viviendo una etapa de fluctuante controversia frente a la estabilidad de nuestro Sistema de Seguridad Social Integral en lo que se refiere al la prestación de los servicios médicos asistenciales, debida a las decisiones tomadas por la Corte Constitucional, el plurinormativismo excesivo generado desde el Congreso de la República y a la implementación drástica de una nueva teoría de derechos fundamentales, todos estos generadores de una palpable inseguridad jurídica y la obligada reestructuración de las entidades estatales.

En este espacio democrático que se presentó, se vislumbraba al ciudadano colombiano como un orientador de su destino, con el uso del poder para transformar esos valores e ideales en reglas claras de democracia directa, en un claro rechazo al paternalismo de Estado que había imperado ya por tantos años y procurar la protección de tales ideales.

En este marco de ideas constitucionales, y teniendo en cuenta que el objetivo principal de la responsabilidad civil es procurar la reparación, que consiste en restablecer el equilibrio que existía entre el patrimonio del autor del daño y el patrimonio de la víctima antes de sufrir el perjuicio la responsabilidad civil posee un aspecto preventivo, que lleva a los ciudadanos a actuar con prudencia para evitar comprometer su responsabilidad y un aspecto punitivo.

En el campo general para poder considerar a una persona responsable penalmente y, por consiguiente, sometida a sanción penal, deberá cumplirse con unas condiciones o presupuestos que integran ese concepto de responsabilidad, los cuales presentan diferencias según se estime al sujeto como imputable o inimputable; por consiguiente en la rama de medicina dichas directrices no son ajenas y tienen aplicación general.

Es así como la Corte Constitucional a través de sus pronunciamientos ha estimado que la Responsabilidad Penal de los Imputables se presenta cuando judicialmente se establece que se ha cometido un hecho punible, típico, antijurídico y culpable y que por lo tanto ocasiona la aplicación de una sanción, como se resalta en Sentencias C-176/93 y C-647/01, del Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

Por otra parte cuando hablamos de ausencia de responsabilidad penal, necesariamente se remite al artículo 32 del C. P, el cual habla de las causales de ausencia de responsabilidad; donde se configura una serie de presupuestos como lo son: la inexistencia de conducta, la atipicidad, justificación, inculpabilidad e incluso las situaciones de innecesariedad de la pena.

Es así como para poder entender la responsabilidad del medico en la conducta penal y de acuerdo a los anteriores planteamientos; es necesario estudiarla desde el punto de vista doctrinario; para ello se plantean dos teorías de suma importancia, enfatizando la responsabilidad del medico en casos de conductas de comisión por omisión. La primera, que es planteada por Eberhard Schmidt, quien con fundamento en el código deontológico que regula la actividad profesional de los médicos, sostiene que el facultativo ha de responder en todos aquellos casos en los cuales no atiende a un paciente que luego fallece o sufre lesiones. El médico, según este autor, tiene un deber profesional que lo sitúa en una posición de garantía permanente de los bienes jurídicos de los demás.

La fundamentación de la responsabilidad penal del galeno en comisión por omisión, deviene así del compromiso general de protección que asume el mismo con la sociedad, al momento de haber optado por el ejercicio profesional de dicha actividad. En otras palabras: “la sola decisión personal por parte de un individuo de convertirse en médico, de acuerdo con este autor, fundamenta *per se* la existencia de un deber general de protección del mismo de los bienes jurídicos de los demás, con base en el código de ética que regula el ejercicio profesional de dicha actividad”¹.

Es dentro de este panorama donde se presentan casos de responsabilidad penal en la prestación del servicio médico frente a los cuales, desde la función administradora de justicia del estado no ha existido una evolución clara y definida en lo tocante a la identidad o diferencia entre la fuerza mayor y el caso fortuito a la hora de dirimir la ausencia de la responsabilidad médica y la afectación de los bienes jurídicos tutelados, motivando un estudio urgente de los parámetros y directrices aplicables al momento de decidir sobre el tema, a partir de un estudio legal e institucional.

Igualmente es necesario expresar que el error es perfectamente lógico en cualquier actividad humana y la medicina no está exenta de éste, no es infalible. Pero el derecho a equivocarse es, también, una responsabilidad que asume el individuo. Sin embargo, hay una diferencia muy grande entre el error y la mala práctica médica y que esta se escude en que la medicina no es una ciencia exacta; porque se presume que quien la practica es un profesional a quien se le exige una experiencia y una categoría, máxime cuando lo que debe proteger es nada menos que la vida de un ser humano.

El diccionario de la Real Academia Española define la responsabilidad como la obligación de reparar o satisfacer, por si o por otro, como consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal. Teniendo en cuenta como premisa la definición antes señalada y para ser más exactos con el rigor jurídico que el

¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La responsabilidad penal del médico por omisión*, Bogotá: s.n.2011. Pp. 955 y 956.

concepto de responsabilidad merece, podemos decir que la responsabilidad es la asunción de los efectos jurídicos por una conducta impropia, que causa un detrimento patrimonial o extrapatrimonial pero económicamente apreciable a la víctima o sujeto pasivo de dicha alteración, con la consecuente obligación del victimario de resarcir tales perjuicios.

La medicina conlleva una enorme responsabilidad que surge de las características que engloban su práctica, por ello existe un concepto básico y es que todo procedimiento, ya sea terapéutico, quirúrgico o de diagnóstico, tiene asociado un riesgo para el paciente, representado en que las acciones del médico que le produzcan algún daño o secuela psíquica o física. Este riesgo, que es soportado por el enfermo y debe ser asumido por el galeno o practicante, obviamente tiene unas implicaciones legales, dado que el afectado puede recurrir a la justicia en caso de sentirse perjudicado. Actualmente, el elemento mas aceptado en relación con la obligación de reparación por el hecho de terceros es *la obligación de seguridad y garantía*, a través de la cual se busca que se le brinde al paciente (cual obligación de medios, excepcionalmente de resultados, y también de fin determinado), un mínimo de seguridad en cuanto a los profesionales que en una institución (publica o privada) trabajen y a los elementos adecuados y necesarios para que el fin buscado, cual es el de la preservación de la salud, pueda ser logrado.

Así mismo, esta figura jurídica no pretende, en un momento determinado y ante un daño evidente causado al paciente, demostrar la subjetividad de la acción u omisión de un profesional médico, sino el incumplimiento al principio de seguridad y buena fe.

Con frecuencia, el médico se enfrenta al dilema de escoger entre dos o más soluciones. Se plantea, por una parte, que es lo que debe hacer por el bienestar del paciente, dentro del criterio científico prevaleciente, y cual de las probables acciones es la más favorable o menos dañina para éste; de acuerdo con los riesgos inherentes al acto médico y obedeciendo siempre a los principios de respeto a la vida, a la integridad humana, a la preservación de la salud, entre otros. A pesar de esto, todo profesional de la medicina, hoy por hoy, está sujeto a una desagradable y amarga situación representada ya sea en una demanda civil, administrativa (llamamiento en garantía o acción de repetición) o acusación penal por una supuesta *mala praxis* médica.

Por todo esto, la verdad jurídica acecha y empaña el ejercicio profesional médico; y en muchos casos no es para menos, puesto que hay errores que no se justifican y que no se deben pasar por alto, porque lo que se pone en riesgo o peligro es la integridad y la vida de un ser humano y consecuentemente, se ocasiona daño y dolor a sus seres queridos. Por eso, en la medida en que las empresas y las personas de la salud reconozcan su papel determinante en la sociedad, deben asumir responsabilidades sociales en la construcción de valores de integridad y el

compromiso de devolver a la sociedad en servicios y valores, lo que toman de ella para desarrollar su actividad.

Ahora bien, hablar de la responsabilidad del galeno, bien sea civil, penal, administrativa, disciplinaria etc., es referirse inevitablemente a un fenómeno moderno, casi de nuestros días. Sólo la sociedad consumista y reivindicativa, celosamente defensora de los derechos individuales y, porque no, de los fundamentales, pudo sentar al banquillo, para pedir reparación jurídica y material, a los médicos que ocasionan un daño para el paciente en el desempeño de su profesión.

En los albores de la humanidad la responsabilidad médica no existía, dado el carácter sagrado que tenía el médico, lo cual lo colocaba más allá de toda pena o de cualquier indemnización pecuniaria. Sin embargo, retomando, esta era una preocupación social y legal que se corroboraba con las acciones que realizó Hammurabi, Rey de Babilonia, al penalizar a los médicos imperitos y negligentes y la Lex Aquila romana, que reguló el resarcimiento del daño causado a otro, por citar solo dos casos. Pero esa inmunidad sacrosanta a veces era violada por algún senador romano que arrojaba a un estanque de peces voraces al médico que tenía a su servicio, el cual generalmente era su esclavo, porque erraba en la aplicación de la ciencia hipocrática o porque desconfiaba de la pócima que creía envenenada.

La verdad sea dicha, es que los médicos se han sucedido durante siglos legando su inmunidad, aunque las excepciones hayan existido y sean numerosas. Históricamente, sólo han estado sometidos a las reglas de la ética profesional y a su conciencia y en caso de quebrantarlas sólo estaban sujetos a la censura social. El juramento hipocrático así lo confirma al expresar que “Si observo mi juramento con fidelidad, séanme concedidos gozar plenamente mi vida y mi profesión, honrado siempre entre los hombres, si los quebranto y soy perjuro, caiga sobre mi la suerte contraria”. Es decir, si cumple con sus oficios terapéuticos será reverenciado como un sacerdote o como un dios verdadero; pero si no es así, paseará su vergüenza ante la sociedad.

Los estudiosos de la sociología han llamado la atención sobre el señorío que el médico ha venido ejerciendo sobre el microcosmos del cuerpo humano, teniendo en sus manos la vida y la muerte del hombre. Es cierto que pocas profesiones son capaces de exhibir una historia más colmada de sacrificios y generosidad para con la humanidad, que la medicina. Por ello, los médicos, en el decurso de los siglos, han precedido a los demás mortales. Pero esto trajo consigo una idealización del oficio que la sociedad consumista y tecnificada se ha encargado de erosionar. Hoy por hoy, el médico es un profesional más que si ejerce mal su profesión puede ser acusado ante los jueces correspondientes. Pero esa imagen de eclesiástico paternal ha ido cambiando con el transcurso del tiempo, ahora ya no es ese ser

intocable; la democracia liberal trajo consigo el reconocimiento de los derechos de los enfermos frente a quienes ejercen el sagrado arte de la medicina.

Los códex médicos, las normas disciplinarias, los códigos penales, así como los documentos que consagran los derechos de los enfermos, en gran medida suponen un nuevo despotismo, pero ahora de los pacientes.

Actualmente los médicos son los atemorizados, ya que son llevados frecuentemente a los tribunales de justicia. Si anteriormente la relación médico-paciente se regía por el paternalismo, ahora la presiden el miedo y la desconfianza.

Las legislaciones modernas son conscientes de que el médico no se despoja fácilmente de su papel autoritario. Pero al reconocer los derechos de los enfermos han eliminado el despotismo y las conductas exclusivamente paternalistas.

Se trata, en últimas, de establecer sobre el principio de la autonomía y la independencia, las relaciones entre los médicos y los enfermos. Es aquí donde debe situarse su responsabilidad, donde la imputabilidad no penda amenazante a todas horas, cual espada de Damocles, capaz de herir la magnitud de la profesión cuando esta se ejerce con honestidad y pericia; pero tampoco debe olvidarse que el enfermo ostenta la misma dignidad personal que cuando estaba sano y le son inherentes unos derechos inviolables, protegidos por la Constitución y la Ley.

1.1 RESPONSABILIDAD MÉDICA COLOMBIANA

En la actualidad en nuestro país la responsabilidad médica es de medio y no de resultado; es decir el galeno no está en la obligación de garantizar la salud del enfermo, pero si de brindarle todo su apoyo en procura de su mejoría. Excepcionalmente es de resultado como en aquellos casos de cirugías estéticas, donde el paciente piensa que va a obtener un resultado por la información deficiente que dan los facultativos; pues la información sesgada puede dar expectativas irreales y es la que genera la responsabilidad. La obligación contractual o extracontractual del médico respecto de la persona a quien va a tratar, es una prestación de servicios enmarcada en el consentimiento.

Obvio que el tema ha sido controvertido, en razón a que la tradición jurídica latina se inclina por la decisión discrecional “paternalista” del médico, mientras que la doctrina anglonorteamericana le da relevancia al consentimiento del paciente, no pudiendo realizarse el tratamiento sin su aceptación. Este criterio tiene su antecedente remoto en el propósito de John Locke, uno de los encargados de fundamentar teóricamente el nuevo ordenamiento social, enunciando que nadie puede dañar a otro en su vida, salud, libertad y propiedad.

Ya referidos a la mala práctica médica, esta se podría definir como una situación de impericia, negligencia o indolencia profesional, donde el galeno produce un resultado que no previó, que no anticipó y que sin embargo era anticipable, representable y objetivamente previsible. Y donde la imprudencia grave es entendida como la omisión de todas las precauciones exigibles que debieron adoptarse en el suceso o evento de que se trate, o al menos de las más elementales o rudimentarias y es sancionada a título de delito.

Decisivamente, la relación entre médico y paciente está reglada por un expreso acuerdo de voluntades, mediante el cual el médico queda comprometido, generalmente por una obligación de medios a empeñar todo su conocimiento, destreza y juicio clínico. Aunque ya la jurisprudencia nacional e internacional le ha asignado a ciertas áreas de la medicina la condición de obligación de resultados o fines.

Fundamental es recalcar que en virtud de este vínculo contractual las instituciones de salud deben cumplir de forma cautelosa y segura, con todos los cuidados preestablecidos y bajo ningún concepto deben entender su responsabilidad como meramente de medio. El cuidado del paciente se convierte para la institución en una verdadera obligación de resultado, debiendo ser exigente consigo misma y con todo el personal bajo su cargo, a fin de asegurar la calidad en la prestación de servicios médicos sanitarios a todos los usuarios.

Más allá de la consideración de la culpa *in vigilando* o *in eligiendo*, que debe el Estado a los particulares sobre el personal que libremente labora o se desempeña en estas instituciones; más allá de la obligación de cuidado que deben las instituciones hacia los usuarios; más allá de la obligación contractual incluyendo la de servicios hospitalarios, se encuentra el principio fundamental de la garantía, el cual propende a que las instituciones ofrezcan a sus usuarios una vez demostrado el daño sufrido, los resarcimientos económicos como contraprestación, de acuerdo con la norma sustantiva civil. Ahora bien, en caso de una demanda a una entidad estatal por el daño que uno de sus médicos le ocasione a un paciente, esta debe repetir contra el funcionario público para que le devuelva al Estado lo que pagó por culpa suya.

1.2. EL RIESGO MÉDICO

“Una vez apreciadas las implicaciones por la mala practica médica, debemos mirar la otra cara de la moneda, donde se encuentra el galeno expuesto a disímiles contagios. Veamos algunos de ellos”²:

² RUÍZ, Wilson. *Responsabilidad Médica En Colombia*. Cali: Universidad Javeriana, 2007, p. 5.

- Ocultación de enfermedades transmisibles: sin duda, la posibilidad de contagio de enfermedades transmisibles, hoy para los facultativos médicos se ha incrementado notoriamente. La situación, incluso, se torna sumamente grave con el SIDA, porque el médico se puede ver expuesto a una potencial situación de contagio. Aquí lo esencial es la prueba de la relación de causalidad entre la enfermedad que adolece el paciente y el daño en el profesional médico; “siempre y cuando el profesional de la medicina haya cumplido con su deber de interrogación y el paciente haya ocultado o falseado información, porque de lo contrario no tendrá acción contra el paciente”.
- Ocultación de datos familiares o situaciones congénitas para la elaboración de diagnósticos: para un acertado diagnóstico es de vital importancia tener una historia clínica completa y veraz, lo cual permite aplicar una correcta medicación o tratamiento para determinada patología. En la elaboración resulta muy importante el conocimiento por parte del facultativo de una serie de datos históricos (referenciado a los ascendientes), para contrarrestar posibles predisposiciones alérgicas por aplicación de anestesia, situación cardiovascular de los padres, etc. En ciertas circunstancias, como operaciones quirúrgicas de importancia, esos datos resultan vitales y al ocultarlos, el paciente estaría aumentando los riesgos, propios de la intervención.
- La violación del secreto médico: en algunas ocasiones los facultativos se ven obligados a dar conocimiento a la justicia de determinados datos del paciente que pueden implicar, frente a estos últimos, un daño derivado de la violación del secreto profesional. Colisionan, así, dos normas legales, la una frente al cliente, de carácter reservado, y la otra frente a una autoridad competente, donde están en juego intereses públicos o sociales superiores. Bajo estos supuestos, el daño sufrido por el paciente por violación del secreto profesional se subsume al cumplimiento de una obligación legal del médico para con los intereses superiores de la comunidad.
- Daños derivados de máquinas terapéuticas: el avance de la tecnología médica, definitivamente le ha permitido al hombre un conocimiento más exacto de sus dolencias, sin embargo también han traído un riesgo implícito por sus radiaciones, verbigracia la cobaltoterapia, rayos x, electro bisturís, etc. Los daños causados por maquinaria defectuosa, sea que éstos se deriven de una situación de fabricación o mantenimiento, están a cargo del fabricante o de la entidad hospitalaria, en cuyo caso surgirán acciones de reparación. El profesional, en caso de maquinaria defectuosa, podrá demandar civilmente al fabricante y en caso de mantenimiento defectuoso podrá demandar en acción de Reparación Directa al ente público que tiene a su cargo dichas maquinarias.

1.3 LA RESPONSABILIDAD DE MEDIO Y DE RESULTADO

De los pronunciamientos jurisprudenciales tanto teóricos en Colombia es que se ha superado la colocación que solía dársele a la actividad médica, ya que cuando desaparece el elemento aleatorio para la recuperación del paciente o cuando lo que se persigue no es la curación sino lograr un determinado bienestar o alivio en la integridad humana, nos encontramos frente a una típica responsabilidad de resultado, como sería el caso de las prótesis o cirugías estéticas, donde el médico efectivamente deberá obtener el fin a que se comprometió con su paciente. Por ello al cirujano estético se le exige una mayor exactitud en sus procedimientos, a fin de obtener el resultado esperado.

La obligación de medio, por su parte, la encontramos en aquellas cirugías que buscan controlar la concepción y la natalidad, donde el médico, dados los diferentes sistemas anticonceptivos informa a su paciente que los mismos no ofrecen seguridad absoluta a la mujer de no volver a quedar embarazada o al hombre de no volver a engendrar. Además, porque científicamente está comprobado que ninguno de los métodos anticonceptivos es 100% seguro, ya que lo máximo que garantiza es un 95% de posibilidad de no quedar embarazada o engendrar, según el caso.

El H. Consejo de Estado, en reciente jurisprudencia, consideró a la actividad médica como una relación jurídica compleja, indicando con esto que ya no se deberá circunscribir a una simple obligación de medio, sino que para derivar la responsabilidad a cargo de los médicos tocará analizar los procedimientos realizados de una manera integral y no aislada.

Para un mejor entendimiento, es preciso señalar los puntos más sobresalientes de la Sentencia de Octubre 7 de 1999, exp. 12.655, Consejera Ponente Maria Elena Giraldo Gómez³:

“Lo que se trata es de concentrar la atención en torno a la relación obligacional en su conjunto, con especial acento en el objeto de la prestación, con el propósito de evitar la propensión de reducir a un solo rubro la prestación del servicio médico y/o hospitalario.

“Se sostiene que el ejercicio de las denominadas profesiones liberales comporta únicamente la asunción por el deudor de obligaciones de medio o de mera actividad, queriéndose significar con ello que el médico o, mas genéricamente, los profesionales de la salud solo están obligados a observar una conducta diligente, en virtud de la cual han de procurar la obtención de la curación, sin que el resultado- mejoría del paciente – haga parte del alcance débito prestacional.

³ Ibíd.

“Sin embargo, analizados integralmente la totalidad de la conducta médica, esto es, involucradas todas las fases o etapas que hacen parte del amplio programa prestacional, es evidente que la obligación de prestar asistencia médica configura una relación jurídica compleja.

“Esa relación está compuesta por una pluralidad de deberes obligaciones; así lo destaca la doctrina al enunciar dentro de la pluralidad del contenido prestacional médico unos deberes principales y otros secundarios.

“Respecto de los deberes principales están, por lo general, los de ejecución, de diligencia en la ejecución, de información y de guarda del secreto médico. Ya en el acto médico propiamente dicho, aparecen los denominados deberes secundarios de conducta como son atinentes a la elaboración del diagnóstico, de información y de elaboración de la historia clínica, la práctica adecuada y cuidadosa de los correspondientes interrogatorios y la constancia escrita de los datos relevantes expresados por el paciente, la obtención de su identidad, si ello es posible, el no abandono del paciente o del tratamiento y su custodia hasta que sea dado de alta.

“Estos deberes secundarios son, entre muchos, los que integran el contenido prestacional médico complejo.

“Por eso debe averiguarse cuál o cuales de los deberes obligaciones han sido inobservados y de que forma y, cual el alcance de cada uno de ellos, para poder juzgar la conducta del médico frente a cada caso concreto, y así poder determinar cual es la incidencia causal de los incumplimientos o las deficiencias en el desencadenamiento del evento dañoso.

“Por lo anterior se tendrían que hacer, primero, un análisis frente al caso concreto –atendiendo la naturaleza de la patología– y, segundo, evaluar las etapas o fases en que se proyecta la adecuada realización del acto médico complejo, con el propósito de identificar qué prestaciones pueden encuadrarse en el rubro de mera actividad y cuales otras exigen el resultado concreto dentro de toda la prestación médico asistencial.

“Esta exigencia se hace necesaria para evitar la tendencia a situar como actividad de medios, aquellas acciones que se perfilan claramente como típicas prestaciones de resultado: la obtención de un buen resultado en términos médicos, dependerá, entonces, en buena medida, de la adecuada realización y diferenciación de cada una de las etapas”.

1.4 EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

Según como se encuadre el compromiso prestacional dentro de la actividad médica, asimismo variará la forma de exoneración por parte del médico; inclusive deberá deslindarse el total de la actuación (como actividades principales o secundarias) para saber si las mismas son obligaciones de medio o de resultado.

Así mismo, se puede decir que si la actividad médica fue considerada como una obligación de medio, el médico se exonerará de toda culpa probando que actuó con toda la diligencia y cuidado que estaba a su alcance. Por el contrario, si la obligación fue considerada como de resultado se podrá el médico exonerar probando:

- a. Fuerza mayor: hechos de la naturaleza.
- b. Caso Fortuito: hechos de los hombres. La doctrina los asemeja como eximentes de responsabilidad con tal que sean irresistibles e imprevisibles.
- c. Culpa exclusiva de la víctima: cuando es la propia persona que causa el daño en su cuerpo o salud o el perjuicio como tal.
- d. Hecho de un tercero: cuando es una persona ajena a la relación médico – paciente, quien ocasiona el daño.

1.4.1 Los casos de fuerza mayor y el caso fortuito. A veces se habla de la fuerza mayor y de la causa extraña como conceptos sinónimos; sin embargo, la primera no es más que una especie de la segunda. La Causa Extraña esta constituida por la fuerza mayor o el caso fortuito, por el hecho de un tercero o por el hecho de la víctima.

La causa extraña es considerada como receptora del vínculo causal entre la conducta del agente y el daño sufrido por la víctima. En efecto, cuando el hecho no se puede imputar materialmente al demandado, no tiene sentido hablar de causa extraña, ya que, simplemente, la víctima no ha demostrado que el daño ha sido causado por el demandado; este vínculo de causalidad nunca se presume. Por el contrario, cuando en el proceso se establece que el demandado ha sido el instrumento del daño, la noción de causa extraña recupera todo su valor. Como dicen Planiol y Ripert⁴:

“No se puede decir que, en estos casos (causa extraña), el deudor no ha sido la causa del daño. Esto solo se puede decir contemplando otro orden de causalidad, que podría llamarse causalidad moral, la cual supone un juzgamiento hecho sobre

⁴ Ibíd., p. 7.

la conducta para aprobarla o condenarla, o, llegado el caso, excusarla. Como puede verse, la Ley permite romper, en estos casos, la causalidad material, habida cuenta que la causalidad jurídica no puede existir”.

Los tratadistas que creen encontrar una diferencia entre la fuerza mayor y el caso fortuito procuran, generalmente, evitar que en las presunciones de responsabilidad, el vicio interno de la causa o de la actividad peligrosa sirva como causa extraña que tenga poder liberatorio. Se ha propuesto ver en el caso fortuito un evento natural que ocasiona un daño (ejemplo: inundación, temblor de tierra), mientras que la fuerza mayor no sería un evento natural, sino proveniente de la voluntad de una persona diferente a aquella sobre la cual la víctima del daño entiende hacer pasar la responsabilidad del daño. Otros se aferran a la importancia del evento: los eventos más importantes serían casos de fuerza mayor, los menos importantes, caso fortuito.

Otros, finalmente, más cuidadosos del sentido exacto de los términos, señalan que la expresión fuerza mayor revela el constreñimiento en el cual el demandado ha sido colocado; este último ha sido sometido a una fuerza a la cual no ha podido resistir, mientras que la expresión “caso fortuito” señala el carácter imprevisible del evento.

Señalando que la expresión fuerza mayor implica la irresistibilidad del evento y la de caso fortuito su imprevisibilidad, ciertos autores han concluido que las dos expresiones, en lugar de señalar cada uno de los elementos cuya reunión es necesaria para que haya exoneración, designan dos categorías de eventos diferentes (eventos imprevisibles; eventos irresistibles), los unos y los otros serían exoneratorios. No sería, pues, necesario que haya al mismo tiempo caso fortuito y fuerza mayor, una de esas condiciones bastaría.

Otros autores, como los franceses, afirman que el caso fortuito consiste en la imposibilidad relativa de ejecución, es decir, la que ha podido entablar la acción del deudor contemplado, sea en sí mismo, sea como un buen padre de familia, pero en la cual la voluntad mejor armada, mejor dotada, habría podido triunfar, mientras que la fuerza mayor sería la imposibilidad absoluta proveniente de un obstáculo irresistible para todos, incluso para el hombre más fuerte y más inteligente. La imposibilidad relativa y absoluta liberaría, pues, al mismo título al demandado, salvo en los casos excepcionales en que la imposibilidad absoluta fuera necesaria.

Al lado opuesto de esta tesis se encuentra la distinción propuesta por la teoría del riesgo, cuya meta es, naturalmente, la de disminuir en lo posible el número de eventos susceptibles de exonerar al demandado. “Josserand ve en la exterioridad el carácter distintivo de la fuerza mayor”⁵.

⁵ Ibíd., p. 8.

La Fuerza Mayor es aquella que ha hecho irrupción desde afuera en el círculo de los dos adversarios (tempestad, inundación, etc.); el individuo deberá responder por todos los riesgos que el ha creado; sólo los eventos de fuerza mayor pueden exonerarlo, permanece obligado si hay únicamente caso fortuito. En fin, se entiende por caso fortuito la ausencia de falta y por fuerza mayor el vicio mayor. Concluye que el deudor puede siempre liberarse por la ausencia de falta.

La Corte Suprema de Justicia no ha tenido una evolución clara y definida en lo tocante a la identidad o diferencia entre la fuerza mayor y el caso fortuito; en otras oportunidades los ha distinguido y admite que en responsabilidad civil por actividades peligrosas "la fuerza mayor exonera siempre de responsabilidad, pero no sucede lo mismo con el caso fortuito, porque cuando el accidente ha podido o debió ser previsto por quien ejerce la actividad peligrosa, el caso fortuito que motiva el accidente, por lo mismo que era previsible, no causa exoneración de responsabilidad". La decisión trata de diferenciar la fuerza mayor y el caso fortuito, fundamentada en que este último se presenta aunque el hecho dañino sea previsible.

En consecuencia, para la Corte, la fuerza mayor debe ser imprevisible e irresistible, por lo cual tiene poder liberatorio; en cambio, el caso fortuito (puesto que es previsible) no exonera de responsabilidad. La Corte tiene razón en exigir la imprevisibilidad y la irresistibilidad como características de la causa extraña, lo que no tiene sentido es que siga diferenciando las nociones de fuerza mayor y caso fortuito, máxime que nuestro legislador ha identificado los dos conceptos.

1.4.2. El hecho de un tercero. Proverbialmente se ha considerado que cuando el hecho por el cual se demanda es imputable exclusivamente a un tercero, el demandado debe ser absuelto, porque, desde el punto de vista jurídico, el daño no se le puede imputar al demandado. Sin embargo, no cabe hablar propiamente del hecho de tercero como causal de exoneración, ya que lo primero que hay que probar es el presupuesto esencial de toda acción de responsabilidad, cual es de la imputabilidad del hecho al demandado.

Al contrario, cuando se acepta que él ha causado materialmente el daño, es cuando puede hablarse de la incidencia que el hecho de un tercero haya podido tener en la conducta del demandado; concurren pues, desde el punto de vista causal, la actividad del demandado y el hecho de ese tercero. Se plantea así la necesidad de saber si ese hecho de tercero permite que moralmente se considere que el demandado inicial no ha sido el causante del daño, es decir, debe saberse hasta que punto esa situación rompe el vínculo causal entre el demandado y el daño.

Además, debe entenderse cualquier persona diferente al deudor o causante del daño y que no tenga siquiera dependencia jurídica con el demandado. Esa

dependencia jurídica se refiere también a cualquier otra persona que dependa jurídicamente del demandado. En conclusión, para que el hecho de tercero pueda proponerse como causa exoneratoria, deberá ser completamente externo a la esfera jurídica del demandado.

El hecho de ese tercero para que pueda ser alegado, no requiere que sea culposo; lo que debe determinarse simplemente es si esa situación tiene incidencia causal, total o parcial con el daño.

Existe la tendencia jurisprudencial y doctrinaria a considerar que cuando se invoca el hecho de tercero como causal exoneratoria, se requiere que el demandado identifique a quien realmente ha causado el daño. Con todo, algunos expositores consideran que el demandado no tiene por que hacer tal cosa. Esta última solución es la más justa, puesto que, muchas veces, el causante del daño huye pero queda plena prueba de la comisión del hecho y deja al demandado sumido en la ignorancia de saber quien fue el causante. Además, en la actualidad se admite que en el caso del daño causado con un vehículo robado, su propietario pueda alegar que no tenía la guarda del vehículo; por consiguiente, si demuestra que éste fue robado, con ello probará el hecho de un tercero, aunque no lo identifique. Pero el demandado por una obligación de resultado, que no logre identificar al tercero causante del daño, debe, por lo menos, demostrar que ese tercero no es el elemento que está bajo su dependencia, de no hacerlo, ese anonimato del tercero impedirá que el demandado pueda exonerarse.

La doctrina es unánime en considerar que el hecho de un tercero exonera totalmente al demandado, cuando pueda tenerse como causa exclusiva del daño, poco importa que sea culposo o no, lo que sí es necesario advertir es que debe ser imprevisible e irresistible, o sea, reasumir las características de la causa extraña⁶.

El hecho de tercero como causa extraña no está expresamente contemplado en el Código Civil; sin embargo, su fundamentación se encuentre por vía interpretativa, en la definición de caso fortuito o fuerza mayor que da el art. 1 de la Ley 95 de 1890.

En Colombia se sigue el mismo derrotero del derecho francés, por consiguiente, los elementos de la solidaridad (art. 2344 C.C.) indican que si el hecho del tercero es causa solo parcial, que concurre con el hecho del demandado a la producción del daño, la exoneración no se produce, ni total ni parcialmente. Además, concurrir no significa que físicamente participan los dos, pues esto siempre ocurrirá cuando el demandado alegue el hecho de terceros. Lo que se exige es que, desde el punto de vista causal, tanto el tercero como el demandado sean instrumentos activos del daño.

⁶ Ibíd., Pp. 9-10.

En principio, el demandado debería pagar la totalidad del daño causado al perjudicado, sin tener en cuenta, para nada, el comportamiento de la víctima en la producción del hecho dañino; en efecto, el principio según el cual "una culpa es necesaria, pero una culpa es suficiente" permitiría cobrar todo el daño a quien lo causó en compañía de la víctima. Pero la equidad y el control social han hecho pensar en la posibilidad de que el hecho de la víctima tenga alguna influencia en la regulación del monto indemnizable; esto ha posibilitado que la doctrina y la jurisprudencia hayan levantado todo un sistema relativo a destacar la influencia jurídica que tiene esa actividad de quien sufrió el daño. Mientras que el derecho francés no dispone de norma expresa que regule la materia, el Código Civil Colombiano consagra la base de estos principios en su art. 2357.

El hecho de la víctima es importante desde el punto de vista de la responsabilidad civil para exonerar, parcial o totalmente, el demandado que ha causado un daño, su influencia será determinada en la medida en que ese hecho haya sido causa exclusiva o parcial del perjuicio.

Cuando hablamos del hecho de la víctima, debemos estudiar, por tal, el comportamiento activo del perjudicado en la realización del fenómeno; no basta la simple intervención, tanto en la conducta del demandante como en la del demandado, la causación exige que estas hayan sido instrumento del daño. La víctima siempre interviene en la producción del daño, pero solo en algunas ocasiones esa intervención es activa; únicamente en éste último caso podemos hablar de hecho de la víctima.

Así, la actividad de la víctima se la puede considerar como causa exclusiva del daño, habrá exoneración total para el demandado; poco importa que el hecho de la víctima sea culposos o no; en este caso, ese hecho constituye una fuerza mayor que exonera totalmente al demandado. Este punto adquiere señalada importancia, ya que, tradicionalmente, se ha pensado que el hecho de la víctima debe ser culposos, para que pueda hablarse de exoneración del responsable.

Los Mazeud sostienen que "la imprevisibilidad y la irresistibilidad no son necesarias al hecho exclusivo de la víctima, para que esta exonere de responsabilidad"; siguiendo las orientaciones de Tamayo Lombana aceptamos la teoría según la cual, para que el hecho de la víctima pueda ser exoneratorio, requiere las características de imprevisibilidad e irresistibilidad⁷.

En la responsabilidad directa con culpa probada, del art. 2341 del Código Civil, el hecho de la víctima, considerando como causa parcial del daño, debe ser culposos para que pueda tenerse como causal de exoneración parcial de la responsabilidad. El art. 2357 del citado estatuto dispone expresamente que "la apreciación del daño estará sometida a reducción si el que lo sufrió se expuso a él

⁷ Ibíd., p. 10.

improcedentemente". La disposición es justa en la medida en que si la víctima debe probar la culpa del directamente responsable, lo lógico es que solo la culpa del lesionado permita una exoneración parcial. Si el hecho de la víctima es causa exclusiva, poco importa que sea culposo o no.

La reducción de culpas de que habla el art. 2357 del C.C., supone, necesariamente, que haya existido culpa de parte y parte; si la culpa de la víctima es causa exclusiva del daño, se repite, no cabe hablar de reducción, porque lo que se presenta es una exoneración total, pues el hecho es equiparable a la causa extraña.

1.5 ASPECTO JURÍDICO

Habitualmente se están conociendo casos de responsabilidad civil de los médicos que en su ejercicio causan la muerte del paciente o dejan graves lesiones en su integridad. La sociedad, aunque admira a sus profesionales, les está exigiendo que efectivamente correspondan a su confianza y que así como han dedicado gran parte de su vida a prepararse y adquirir unos conocimientos mínimos suficientes para ejercer su profesión y actuar técnica y científicamente, posean además ética y moral; pues el profesional que cumple con su ejercicio omitiendo los lineamientos éticos en su profesión, o lo hace con ligereza, impericia, descuido o negligencia, está vulnerando la confianza de la sociedad.

Numerosas organizaciones profesionales se manifiestan preocupadas por el avance que en Colombia está tomando la responsabilidad profesional. Esta preocupación no tiene fundamento, y por el contrario, primero debe mirarse la depuración de las profesiones antes que pensar en la solidaridad gremial, pues el profesional demandado si es declarado responsable debe responder.

Por ejemplo, los médicos no pueden solidarizarse con el demandado que ha roto los cánones de la profesión, cuando en estado de embriaguez interviene quirúrgicamente a un paciente, que le receta un medicamento de consecuencias desconocidas y no controla permanentemente a su paciente o que le deja en el interior del cuerpo algún elemento después de una intervención.

Ante esta situación, la exigencia de la responsabilidad del profesional debe apreciarse como un mecanismo sano y de mejoramiento del ejercicio, pues la excelencia en los servicios profesionales debe ser la aspiración de toda la sociedad.

1.5.1 Enfoque Constitucional. El galeno de forma genérica, cuando causa un daño antijurídico a un particular, bien sea por impericia, imprudencia, negligencia o violación del reglamento, deslegitima al Estado ya que transgrede uno de los fines cruciales del mismo, preceptuados en el art. 2 de la Carta Política. Así mismo, el

art. 95 del Estatuto Superior nos consagra tal responsabilidad al establecer que el ejercicio de las libertades y derechos implican responsabilidades que deben ser cumplidas por toda persona, conforme a la Constitución y las leyes, respetando los derechos ajenos y no abusando de los propios. También hay que tener en cuenta que si el profesional de la medicina es funcionario público desdibujaría la función administrativa consagrada en el art. 209.

1.5.2 Visión Administrativa. Dicho aspecto se refiere a la condena del ente al cual el médico presta sus servicios, a través de la acción de Reparación Directa y en este asunto vale remitirse al Capítulo de Mecanismos Procesales donde se podrá ejercitar la Acción de Repetición por parte del Estado contra el galeno y que se tendrán dos años para demandar a partir del pago total de la condena que haya sido impuesta.

1.5.3 Lo Disciplinario. El CDU (Código Único Disciplinario) establecido en la Ley 734 de 2002, preceptúa las faltas disciplinarias en que incurrirán los funcionarios públicos por el ejercicio desviado de sus deberes.

El hospitalario como tal podrá adecuarse bien sea a las faltas gravísimas, graves o leves que tal ley consagra y será la Procuraduría la encargada de sancionarlo con amonestaciones o con la destitución, según sea el caso.

Conviene conmemorar que en ejercicio del poder disciplinario las investigaciones que adelante éste organismo del Ministerio Público son prevalentes, lo cual indica que desplazará por expresa disposición constitucional cualquier investigación que esté adelantando por concepto disciplinario.

1.5.4. Desde lo Penal. “La responsabilidad penal busca sancionar con una pena privativa de libertad al médico que se ha apartado de su *lex artis* en la ejecución del acto médico”.⁸ El acontecer impropio con que actúe un profesional de la medicina es de por sí penalmente complejo, ya que la persona que preste un servicio médico puede adecuarse a conductas típicas, antijurídicas y culpables sancionadas con una pena, como sería las que regula nuestro Código Penal. Estas conductas antijurídicas son las que de manera general podemos citar como ejemplo de las posibles actuaciones típicas en que puede incurrir un médico sino ejerce dentro de los parámetros de la ética, la moral y la legalidad.

⁸ PIZARRO W. Carlos. *Responsabilidad profesional médica: Diagnóstico y perspectivas*. Chile: Rev. méd. v.136 n.4 Santiago. 2008.

1.5.5. La visión ética – médica. El juramento hipocrático consagra los principios básicos del ejercicio de la medicina; posteriormente autores y expositores de la bio ética proporcionaron normas y teorías sobre aspectos relacionados con ésta rama del conocimiento y, finalmente, los organismos internacionales y los estados establecieron sus propios códigos, señalando internamente los principios que rigen el ejercicio médico.

En nuestro país, la Ley 23/81 y el Decreto 3380/81 son las normas que rigen la ética médica prescribiendo "(...) la ética, entonces, deja de ser pura filosofía y se plasma en unos cuerpos normativos completos que nos están señalando de manera específica como debe ser el comportamiento del profesional de la medicina o del profesional de la odontología para sostener que el mismo ha estado ajustado a la ética".

La ética, que pertenece tanto a la medicina como a las otras actividades humanas, tiene estrecha relación con la moral: "desde que el hombre se agrupó en sociedades tuvo la necesidad de desarrollar una serie de reglas que le permitieran regular su conducta frente a los otros miembros de la comunidad. De manera que la moral es una constante de la vida humana. Los hombres no pueden vivir sin normas ni valores."

Así las cosas, La ética médica deja de lado su responsabilidad moral y se convierte en jurídica cuando el comportamiento del profesional llega a ser examinado por el tribunal del Estado. Por tanto, el análisis de la responsabilidad médica es de sumo interés por comprometer los valores de la vida y la integridad personal, que son especialmente apreciados por el Estado y por toda la comunidad.

Indubitablemente el distinto valor o sentido atribuido a la vida humana condicionan el modo de tratarla; esto se verifica no solo en el campo de la biología o de la medicina, sino en cualquier terreno. Si se puede demostrar que la vida humana tiene un valor y una dignidad superior y exclusiva habremos encontrado el fundamento para exigir, éticamente, que se tenga hacia ella un relevante respeto. En el labrantío de la ética-disciplinaria, la responsabilidad solamente es aplicable a los profesionales que son médicos titulados, por lo tanto no es imputable a estudiantes de esa profesión, enfermeras o personas jurídicas como clínicas o sociedades. Es decir, existe para ellos una responsabilidad personal e intransmisible; no es susceptible de desistir, transar o conciliar, dado el carácter inenajenable e indisponible del contenido ético.

En estos sucesos, el juzgador es el Tribunal de Ética Médica, el cual se integra por profesionales médicos. La sanción es disciplinaria y se origina por la violación a la Ley 23/81, sin importar los antecedentes o personalidad del infractor.

1.6 IMPUTACIÓN OBJETIVA

Esta teoría nos permite estudiar la vinculación entre conocimiento y rol en la producción de un resultado, bajo los parámetros de las cuatro instituciones jurídico penales a saber: el riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y la competencia de la víctima.

La imputación objetiva nos permite superar la mera causalidad para establecer de una manera objetiva todos los aspectos de la conducta y el riesgo producido.

Dentro de las generalidades de esta teoría se establecen unos postulados primordiales para nuestro estudio, a saber:

- ✓ “No puede organizarse la vida social sin permiso de riesgo.
- ✓ Aquello que está permitido se rige principalmente por la configuración social generada a lo largo del tiempo y no por un cálculo de costes y beneficios que pudiese aislarse de lo anterior.
- ✓ El riesgo permitido es una exclusión del tipo.
- ✓ El carácter contrario a la norma de una puesta en peligro abstracta en todo caso excluye un permiso de riesgo; los permisos positivos sólo rigen bajo condiciones ideales.
- ✓ El riesgo permitido ha de determinarse de modo relativo al rol de quienes pueden lícitamente organizar un ámbito vital.
- ✓ No han de tenerse en cuenta los conocimientos especiales, pero existen supuestos de organización e instituciones que privan de su carácter especial a conocimientos que son especiales en los demás”⁹.

⁹ JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2004, Pp. 70-71.

2. MARCO LEGAL

2.1 REGLAMENTACIÓN DE LA PRÁCTICA MÉDICA

El Decreto - Ley 592 del 6 de junio de 1905, 'por la cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de la medicina' reconociendo como médicos y cirujanos a todas las personas que poseen título de doctor en medicina y cirugía expedido por las facultades nacionales de carácter oficial o por facultades extranjeras de reconocida idoneidad, permitiendo el ejercicio de la medicina homeopática a los titulados por el instituto homeopático, y excepcionalmente a personas no tituladas, previo el lleno de requisitos. Además reglamenta el ejercicio profesional y dispone normas de moral médica como el secreto profesional.

La Ley 83 de 1914 (noviembre 'le), "por la cual se reglamenta el ejercicio de las profesiones médicas". "Artículo 1°... «para ejercer la medicina en la República de Colombia, en cualquier forma o por cualquier sistema, es obligatorio poseer un diploma de doctor en medicina expedido por una facultad oficial de las establecidas o que se establezcan en la República, salvo en las circunstancias que adelante se expresan», y consagra la excepción respecto a los individuos diplomados por el Instituto Homeopático de Colombia o los que hayan ejercido la medicina homeopática durante 5 años, y se refiere a 1 os requisitos para ejercer la medicina, certificados de idoneidad, licencia y formalidades para obtenerlos.

La Ley 67 de 1920 (noviembre 11) "por la cual se reglamenta el ejercicio de la profesión médica... Artículo 1°. —Toda persona que pretenda ejercer la medicina en Colombia deberá presentar el título o licencia a la junta que por la presente ley se crea, para que si estuviere de acuerdo con los términos de la Ley 83 de 1914, sea registrado en los libros que al efecto se llevarán en la citada junta que tendrá la función de otorgar el permiso para ejercer la profesión y retirar los permisos cuando así lo considere la junta.

La Ley 85 de 1922 (noviembre 29) "que reforma las que reglamentan el ejercicio de la profesión médica y sus auxiliares... Artículo 1°. —Pueden ejercer la profesión médica y sus auxiliares en el territorio de Colombia los individuos que tengan adquirido o que en lo sucesivo adquieran diploma expedido por algunas de las facultades establecidas o que se establezcan en el país...", igualmente permite el ejercicio de la medicina para personas que hayan obtenido el título en el exterior conforme a las leyes vigentes.

La Ley 35 de 1929 (noviembre 22) "por la cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de medicina en Colombia". Esta ley enfatiza que solamente podrán ejercer la profesión de médico y cirujano las personas que hubieren obtenido título de idoneidad de alguna facultad de medicina oficialmente reconocida, salvo el

caso de las que hayan realizado sus estudios en el extranjero que igualmente deben cumplir una serie de requisitos para ejercer la profesión.

El Decreto 1099 del 8 de julio de 1930, “por el cual se reglamenta la Ley 35 de 1929”, referida anteriormente.

El Decreto 986 del 26 de abril de 1932, por el cual se adiciona y reforma el decreto anterior.

La Ley 67 de 1935 (diciembre 4), “por el cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de medicina y cirugía”. En esta ley se consagra que la profesión de médico constituye una función social y que tanto este como, los demás profesionales serán responsables civil y penalmente, no solo por sus actos sino también por sus omisiones en el ejercicio médico, limita el ejercicio de la homeopatía y establece sanciones al ejercicio ilegal de la profesión médica.

El Decreto 0279 del 17 de febrero de 1953, “por el cual se reglamenta el ejercicio de la medicina y la odontología”.

El Decreto 2831 del 23 de septiembre de 1954, “por el cual se establece el Código de Moral Médica”, que puso en vigencia las disposiciones sobre deontología médica aprobada por la Xli asamblea general ordinaria de la Federación Médica Colombiana, reunida en Manizales el 12 de agosto de 1954.

En el primer capítulo se refiere a “Los deberes generales del médico”, en el capítulo segundo a “Los deberes del médico para con los enfermos”, en el capítulo tercero a “las relaciones de los médicos con las entidades públicas y privadas”, en el capítulo cuarto a “Los deberes de confraternidad”, en el capítulo quinto a “Los honorarios”, en el capítulo sexto a las “Sanciones”.

El Decreto legislativo 0333 del 29 de noviembre de 1957, “por el cual se dictan unas disposiciones en relación con el ejercicio de la medicina en el territorio de la República” Este decreto ordenaba la inscripción de las personas autorizadas para ejercer la medicina en los colegios médicos departamentales de la Federación Médica Colombiana y sancionaba la no inscripción con la prohibición del ejercicio de la profesión.

La Ley 14 de 1962 (28 de abril), “por la cual se dictan normas relativas al ejercicio de la medicina y cirugía”. Esta ley reglamenta nuevamente quiénes pueden ejercer la medicina, y regula lo pertinente a los requisitos de grado, estableciendo entre estos un año de internado obligatorio. Además exige la prestación de un servicio social obligatorio que fluctuaba entre uno y dos años dependiendo del lugar que se escogiera, como requisito para que se le autorizara el ejercicio de la profesión. Y finalmente dispone que el Consejo Nacional de Profesiones Médicas del Ministerio de Salud Pública, sea el órgano encargado de sancionar a los profesionales que

hayan incurrido en falta grave contra la ética médica, en cuanto hace relación con la suspensión temporal y definitiva en el ejercicio profesional.

El Decreto 605 del 21 de marzo de 1963, “por el cual se reglamenta la Ley 14 de 1962”.

El Ley 52 de 1964 (31 de diciembre), “por el cual se modifican las leyes 10 y 14 de 1962”. Esta ley señala que el servicio médico obligatorio a que se refiere la ley 14 de 1962 tendrá una duración mínima de 12 meses, y se prestará con posterioridad al grado correspondiente e indicaba las formas de prestar este servicio.

El Decreto 114 del 28 de enero de 1965, “por el cual se reglamenta la Ley 52 de 1964”.

La Ley 09 de 1979 (24 de enero, “por la cual se dictan medidas sanitarias”. Se refiere a medidas sanitarias en general y en título XII menciona “Los derechos y deberes relativos a la salud” indicando que la salud es un bien de interés público y por lo tanto todo habitante tiene el derecho a la prestación de la salud y también el deber de proveer a la conservación de su salud y de la comunidad.

La Ley 23 de 1981 (febrero 18), “por la cual se dictan normas en materia de ética médica”.

La Ley 23 de 1981 (mayo 27), “por la cual se crea el servicio social obligatorio en todo el territorio nacional”. Determina que el término para la prestación del servicio social obligatorio, será hasta de un año.

El Decreto 2396 del 28 de agosto de 1981, “por el cual se dictan disposiciones relacionadas con el servicio social obligatorio del área de la salud”. Dispone que la duración del servicio social obligatorio será de un año y exigirá dedicación de tiempo completo, que dicho servicio deberá ser prestado en entidades oficiales y en entidades de salud de carácter privado si ánimo de lucro; entidades que deberán encontrarse ubicadas en zonas rurales o en zonas marginadas de los centros urbanos, o si no desarrollarán programas de salud que atiendan emergencias, calamidades públicas o programas docentes de tipo científico o investigativo.

El Decreto 3380 del 30 de noviembre de 1981, “por el cual se reglamenta la ley 23 de 1981”.

El Decreto 1328 de 1984 (mayo 31), “por el cual se reglamenta la Ley 23 de 1981 en cuanto a la expedición de la tarjeta profesional del médico’. Consagran la obligación para todos los médicos que hayan obtenido autorización del Ministerio de Salud para el ejercicio de la medicina de acreditar su calidad de médico en todo

el territorio nacional con la tarjeta profesional expedida por el Ministerio de Salud, la cual tiene carácter de personal, e intransferible y es un documento público.

El Decreto 2871 de 1984 (noviembre 26), “por el cual se modifica y adiciona el decreto número 1328 del 31 de mayo de 1984 (por el cual se reglamente la Ley 23 de 1981 en cuanto a expedición de la tarjeta profesional del médico)”.

El Decreto 3661 de 1985 (diciembre 11), “por el cual se modifica el artículo 1° del decreto número 2871 del 26 de noviembre de 1984 referente a la expedición d la tarjeta profesional de médico”.

La Ley 100 de 1.993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones, pretende integrar en un conjunto de instituciones, 1normas y procedimientos, para que las personas gocen de una calidad de vida digna, mediante e1 cumplimiento progresivo de los planes y programas que el estado y la sociedad desarrollan para proporcionar cobertura integral de las contingencias especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los Colombianos.

Después de examinar la evolución de los desarrollos legales en el campo de la salud y de la actividad médica en particular, notamos que gran parte de la normatividad se ha ocupado de regular el ejercicio de la medicina, en lo que tiene que ver con la acreditación y requisitos para ejercer esta profesión y las sanciones para el ejercicio ilegal de la misma, y posteriormente a partir de la ley 23 de 1981 se ha vendo r7gulando en forma global el ejercicio ético de la medicina y más recientemente con la expedición de la ley 10 de 1990 se comienza una nueva etapa con la reestructuración del sistema nacional de salud, pero en materia de responsabilidad médica cabe destacar las siguientes normas:

2.2 NORMATIVIDAD EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD MÉDICA

La Ley 67 de 1935 (diciembre 4). “Por la cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de medicina y cirugía”, que es la primera norma que se refiere al tema de la responsabilidad médica, al indicar que la profesión de médico constituye una función social y que tanto este como los demás profesionales serán responsables civil y penalmente, no solo por sus actos sino también por sus omisiones en el ejercicio profesional y además establece sanciones al ejercicio ilegal de la medicina.

El Decreto 2831 del 23 de septiembre de 1954. “Por el cual se establece el Código de Moral Médica”, que es el primer Código sobre ética médica en Colombia. Este puso en vigencia las disposiciones deontología médica aprobada por la XII Asamblea General ordinaria de la Federación Médica Colombiana reunida en Manizales el 12 de agosto de 1954 cuyas disposiciones fueron redactadas

tomando como base el Código Internacional de Ética Médica adoptado en la Tercera Asamblea General de la Asociación Médica Mundial. Este texto legal estructura un Código propiamente dicho sobre la materia, abordando globalmente una serie de aspectos y relaciones que se dan en el ejercicio profesional médico, como son: “Los deberes generales del médico”, “Los deberes del médico para con los enfermos”, “Las relaciones del médico con las entidades públicas y privadas”, “Los deberes de confraternidad”, “Los honorarios” y finalmente “Las sanciones”. Señalando por primera vez una serie de principios morales que deben regir la profesión médica. Pero en la práctica se encontraron muchos vacíos en dicho Código y algunas incongruencias que dificultaron su aplicación.

La Ley 14 de 1962 (abril 28), “por la cual se dictan normas relativas al ejercicio de la medicina y cirugía”, que introdujo modificaciones en cuanto a la competencia en lo referente a las sanciones a los profesionales que hayan incurrido en falta grave contra la ética médica en lo atinente a la suspensión temporal y definitiva en el ejercicio profesional otorgándosela al Consejo Nacional de Profesiones Médicas y Auxiliares del Ministerio de de Salud Pública.

La Ley 23 de 1981 (febrero 18). “Por la cual se dictan normas en materia de ética médica”. En la presentación que del texto de esta ley editó el tribunal nacional de ética médica, se nos da a conocer el antecedente de esta norma, al referirnos que esta fue producto de un prolongado proceso de estudio iniciado en el mes de enero de 1978, el que se realiza conjuntamente entre funcionarios del ministerio de Salud, representantes de la Academia Nacional de Medicina y de la Federación Médica Colombiana, en orden a estructurar un Código de ética médica que supliera las deficiencias, vacíos y contradicciones del anterior Código de moral médica, y que contribuyera al propósito de considerar un Código latinoamericano de ética médica cuyo compromiso fue asumido por nuestro país en la asamblea internacional de colegios médicos celebrada en Paracas, Perú, en octubre de 1977, y que en su elaboración se utilizaron antecedentes de catorce países en este campo y de las distintas asambleas de la Asociación Médica Mundial.

La característica principal de la ley 23 de 1981 es que conforme- un conjunto de normas que propende por el ejercicio responsable, correcto y honesto de la medicina, estableciendo una serie de deberes y derechos de los médicos dentro de un marco filosófico y ético (la declaración de principios) que fundamentan todo el cuerpo normativo como son: el fin de la medicina, la caracterización del ser humano, los presupuestos metodológicos y éticos de la investigación científica, la relación médico-paciente, la obligación del médico a transmitir los conocimientos al tiempo que ejerce la profesión, la función del médico como auxiliar de la justicia, el derecho a recibir remuneraciones por su trabajo; principios que están regidos por la función social y humanista de la profesión médica. Y el capítulo II del título I se refiere al juramento médico, basado en la tradición hipocrática, el que el profesional deberá conocer y jurar cumplir con lealtad y honor. En el título II se regula lo pertinente a la práctica profesional: relación entre médico y paciente y los

derechos y deberes recíprocos que informan este vínculo, delimitando de esta manera las responsabilidades asumidas, además reglamente las relaciones del médico con sus colegas y las de estos con la sociedad, el Estado y las instituciones. También precisa una serie de conceptos sobre deberes médicos como son, la historia clínica del paciente, la prescripción médica, el secreto profesional, la responsabilidad médica, etc. Por último el título III se refiere a los órganos de control y régimen disciplinarios y crea el Tribunal Nacional de Ética Médica con autoridad para conocer de los procesos disciplinarios ético profesionales que se presenten por razón del ejercicio de la medicina. Hay que anotar que los artículos 28 parágrafo, 32, 37, 57, 59, 60 y título III, capítulo I, II y III de la ley 23 de 1981, fueron demandados por inconstitucionales en septiembre de 1981 ante la Corte Suprema de Justicia. La que se pronunció en sentencia de marzo 31 de 1982, siendo ponente el Dr. LUIS. CARLOS SACHICA, declarando exequibles las normas demandadas a excepción de una parte del art. 32 que fue declarada inexecutable, la que decía: “Es censurable aceptar un cargo desempeñado por otro colega que haya sido destituido sin causa justificada, salvo que se trate de un empleo de dirección y confianza”.

El Decreto 3380 de 1991. “Por la cual se reglamentó la ley 23 de 1981”.

El Código Penal colombiano.

2.3 DERECHOS DEL PACIENTE

Dentro de este aspecto de la evolución del derecho positivo en relación con el derecho a la salud es preciso analizar el desenvolvimiento jurídico que ha tenido lo que hoy se ha venido a llamar los derechos del paciente.

Pese a que los derechos de los pacientes como tal, han sido de reconocimiento reciente, ya los encontramos como implicaciones de las obligaciones del médico para con éste, en los diferentes códigos médicos que han regulado la relación médico-paciente principalmente desde la perspectiva del médico, el que era el centro de la atención legislativa.

Así en la antigua cultura babilónica, siria, egipcia y hebrea, existen leyes para proteger al enfermo de abusos y malos tratos, pero más como sanción al médico descuidado, que como protección al paciente propiamente dicho. Por ejemplo, el Código de Hammurabi es esencialmente penalista, ya que imponía crueles penas a los médicos que ocasionaban daño a sus pacientes pero en absoluto se ocupaba de estos últimos. El juramento hipocrático aunque no es penalista, continúa respecto del paciente en la misma orientación, al tratarse más de un paradigma sobre las virtudes médicas, que una defensa a los valores del enfermo; y sólo con el advenimiento del cristianismo la medicina de la época es basada en presupuestos filantrópicos y asume una actitud desinteresada frente al enfermo, el

que empieza a ser valorado desde una perspectiva religiosa, como sucedía en los monasterios del medioevo. Desde la implantación del modelo liberal clásico el hombre es considerado como un instrumento de producción que importa al sistema en la medida en que su fuerza de trabajo esté disponible y apta para asumir el proceso productivo, cuya visión individualista ha ido cediendo ante las demandas sociales que han logrado imponer el derecho a la seguridad social como una reivindicación colectiva, llegando a conquistar en esta forma el principal derecho del paciente, como lo es el derecho a la salud y a la asistencia pública.

Pero sólo a partir de los años sesenta la relación médico paciente se empieza a democratizar y este último se convierte en el centro de la atención de la ética médica, haciéndose necesario elaborar un código completo de los derechos del paciente. Movimiento que se inscribe dentro de la serie de movimientos sociales que reclamaban el reconocimiento de derechos individuales y sociales, que caracterizaron esta época.

La expresión textual “derechos de los enfermos” había aparecido en la Carta de los Médicos y Hospitales de la Comunidad Económica Europea (1967), en la Carta Médico-Social de Nuremberg y en la Declaración del Comité Permanente de los Médicos de la Comunidad Económica Europea (ambas también de 1967).¹⁰

Entre los años de 1969 y 1970, cuando una organización privada norteamericana la comisión conjunta de acreditación de hospitales, formada por miembros de varias sociedades médicas, procedía a la revisión de su reglamento, recibió la petición de una organización de consumidores: La National Welfare Rights Organization, para que se aceptara el reconocimiento de una serie de derechos de los enfermos. Este documento que contenía 26 peticiones concretas es considerado como la primera enumeración de derechos de los enfermos elaborada desde una perspectiva de los consumidores. En 1973 la Asociación Americana de Hospitales adoptó la Carta de Derechos del Paciente (Patient's Bill of Rights). Desde 1974 el Departamento Federal de Salud, Educación y Bienestar ha venido recomendando a los hospitales y demás centros asistenciales la adopción del Código de Derechos del Enfermo, los cuales son libres de adaptarlo o no. A partir de 1975 son las organizaciones internacionales las que empiezan a recomendar la adopción de este Código al mundo entero, el que poco a poco se ha venido reconociendo.

JAVIER GAFO¹¹ menciona en su obra una serie de factores que pudieron haber incidido en este cambio en la relación médico-paciente.

¹⁰ GAFO, Javier. *Dilema éticos de la medicina actual*. Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 1986, p. 31

¹¹ *Ibíd.*

El fuerte descontento ante una forma frecuente de entender la praxis médica por la que el enfermo, por el hecho de serlo, pierde su estatuto de persona adulta, para convertirse en un menor de edad, sobre el que se toman decisiones sin información y aprobación previa, que atentan contra la dignidad humana, porque el ser humano por el hecho de estar enfermo no pierde su autonomía ni su capacidad de decisión.

La modificación en la imagen social del médico. La imagen social del médico estaba excesivamente idealizada y en los últimos años ha entrado en crisis.

La socialización de la medicina ha podido significar un importante deterioro en la imagen social del médico y su relación con el paciente, al criticar el afán de lucro, la relación impersonal y deshumanizada con el enfermo, la arrogancia frente al paciente, que hacen que se reclamen los derechos inalienables de la persona enferma.

La mentalidad consumista en los Estados Unidos, ha incidido en la relación médico-enfermo, ya que este último tiene que considerarse así mismo como un “consumidor” de servicios médicos, a los que tiene derecho y por los que paga. Los derechos del consumidor, encuentran aquí un nuevo campo de aplicación.

Carta de Derechos del Paciente (consagrada por la Asociación Americana de Hospitales).

- Derecho a una atención considerada y respetuosa.
- Derecho a obtener de su médico información completa y actualizada con respecto a su diagnóstico, tratamiento y pronóstico, en términos que sean comprensibles. Cuando no sea aconsejable darle tal información al paciente, en estos casos ésta debe proporcionarse a una persona allegada al enfermo.
*Derecho a recibir de su médico la información necesaria para dar su consentimiento, al comienzo de cualquier proceso y/o tratamiento, excepto en casos de emergencia tales informaciones, para consentimiento con conocimientos de causa, incluirían no necesariamente limitados al proceso específico y/o tratamiento, los riesgos médicos involucrados y la probable duración de incapacidad. Cuando existan alternativas médicas importantes para los cuidados o tratamiento, o cuando el paciente requiera información acerca de alternativas médicas, el paciente tiene derecho a dicha información. El paciente tiene así el derecho de conocer el nombre de la persona responsable del proceso y/o tratamiento.
- El derecho a rechazar el tratamiento en la extensión permitida por la ley y a ser informado de las consecuencias médicas de su acción.

- El paciente tiene derecho a toda clase de consideraciones de sus derechos privados con respecto a su programa de cuidados médicos. Discusión, consulta, exámenes y tratamiento son confidenciales y deben ser tratados discretamente. Las personas que no estén directamente involucradas en su cuidado, deben tener permiso del paciente para asistir o estar presentes.
- El paciente tiene derecho a esperar que todos los informes médicos y comunicaciones pertenecientes a su cuidado, deban ser tratados como confidenciales.
- El paciente tiene derecho a esperar que, dentro de su capacidad, el hospital se haga razonablemente responsable de las peticiones de servicio por parte de un paciente. El hospital debe proporcionar evaluación¹ servicio y/o traslado, como indique la urgencia del caso. Cuando médicamente se prevee el traslado del enfermo a otro centro de sanidad, ello se podrá efectuar solamente después de que el paciente haya recibido información completa y explicaciones concernientes a las necesidades y alternativas de tal traslado. La institución a la cual el paciente debe ser trasladado o transferido, debe en primer lugar haber aceptado al paciente.
- El paciente tiene el derecho de obtener información sobre cualquier relación de su hospital con otro instituto médico, siempre que sea concerniente a su cuidado. El paciente tiene derecho a estar informado de la existencia y nombre de las personas relacionadas profesionalmente que le estén tratando.
- El paciente tiene el derecho de ser informado si el hospital se propone realizar o desarrollar experimentos humanos que afecten su cuidado o tratamiento. El paciente tiene el derecho de negarse a participar en tales proyectos de investigación.
- El paciente tiene el derecho de esperar una razonable continuidad de cuidados. Tiene el derecho de conocer por adelantado el horario de visitas a los médicos, cuáles están disponibles y dónde. El paciente tiene derecho a esperar que el hospital proporcione un mecanismo por el cual su médico o persona encargada por su médico, le informe de la necesidad del cuidado de su salud, después de haber sido dado de alta.
- El paciente tiene el derecho a examinar y recibir explicaciones sobre su factura, prescindiendo de la fuente de pago.
- El paciente tiene el derecho a conocer qué reglas y condiciones de hospital le corresponden como paciente.

En el caso colombiano han sido varios los pasos que se han venido dando en este aspecto.

En primer lugar la realización del “Primer Simposio Nacional de Derechos del Paciente”, realizado en Bogotá D. E., los días 1 y 2 de noviembre de 1989, convocado por la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia y por la Consejería Presidencial para la Defensa, Promoción y Protección de los Derechos Humanos, con un propósito fundamental:

- Convertir en los principios básicos generales que dirijan la relación entre quienes demandan los servicios de salud y las instituciones estatales o privadas, que los ofrecen”, en el que se hizo manifiesta la necesidad de proteger y enaltecer los derechos del enfermo y recomendó la adopción de sus derechos, como un deber que el pueblo colombiano debe esforzarse en cumplir y promover. Dando como resultado las siguientes conclusiones, que se convirtieron en el antecedente inmediato de la consagración normativa de los derechos del paciente en nuestro país.
- Su derecho a elegir libremente al médico y en general a los profesionales de la salud, como también a las instituciones de salud que le presten la atención requerida, dentro de los recursos disponibles del país.
- Su derecho a disfrutar de una comunicación plena y clara con el médico, apropiada a sus condiciones psicológicas y culturales, que le permita obtener toda la información necesaria respecto a la enfermedad que padece¹ así como a los procedimientos y tratamientos que se le vayan a practicar y a! pronóstico y riesgos que dicho tratamiento conlleve. También su derecho a él, o sus familiares o apoderados, en caso de inconsciencia o minoría de edad, consientan o rechacen estos procedimientos dejando expresa constancia ojalá escrita de su decisión.
- Su derecho a recibir un trato digno, respetando sus creencias y costumbres, así como las opiniones personales que tenga sobre la enfermedad que sufre.
- Su derecho a que todos los informes de la historia clínica sean-tratados de manera confidencial y secreta y que, solo con su autorización, puedan ser conocidos.
- Su derecho a que se le preste durante todo el proceso de la enfermedad la mejor asistencia médica disponible, pero respetando los deseos del paciente en el caso de enfermedad irreversible.

- Su derecho a revisar y recibir explicaciones acerca de los costos por los servicios obtenidos, tanto por parte de los profesionales de la salud como por las instituciones sanitarias.
- También su derecho a que en casos de emergencia, los servicios que reciba no estén condicionados al pago anticipado de honorarios.
- Su derecho a recibir o rehusar apoyo espiritual o moral cualquiera que sea el culto religioso que profese.
- Su derecho a que se le respete la voluntad de participar o no en investigaciones realizadas por personal científicamente calificado, siempre y cuando se haya enterado acerca de los objetivos, métodos, posibles beneficios, riesgos previsibles e incomodidades que el proceso investigativo pueda implicar.
- Su derecho a que se le respete la voluntad de aceptar o rehusar la donación de sus órganos para que estos sean trasplantados a otros enfermos.
- Su derecho a morir con dignidad y a que se le respete su voluntad de permitir que el proceso de la muerte siga su curso natural en la fase terminal de su enfermedad’.

Posteriormente, el Ministerio de Salud, mediante Resolución número 13437 del 1 de noviembre de 1991 adoptó el Decálogo de los derechos del Paciente, tomando en consideración las recomendaciones y conclusiones del Primer Simposio Nacional sobre los Derechos del Paciente, señalando:

Todo paciente debe ejercer sin restricciones por motivos de raza, sexo edad, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen social, posición económica o condición social:

- Su derecho a elegir libremente al médico y en general a los profesionales de la salud, como también a las instituciones de salud que le presten atención requerida, dentro de los recursos disponibles del país.
- Su derecho a disfrutar de una comunicación plena y clara con el médico, apropiadas a sus condiciones psicológicas y culturales, que le permita obtener toda la información necesaria respecto a la enfermedad que padece, así como a los procedimientos y tratamientos que se le vayan a practicar y al pronóstico y riesgos que dicho tratamiento conlleve. También su derecho a que él, sus familiares o representantes, en caso de inconsciencia o minoría de edad consientan o rechacen estos procedimientos, dejando expresa constancia ojalá escrita de su decisión.

- Su derecho a recibir un trato digno respetando sus creencias y costumbres, así como las opiniones personales que tenga sobre la enfermedad que sufre.
- Su derecho a que todos los informes de la historia clínica sean tratados de manera confidencial y secreta y que, sólo con su autorización, puedan ser conocidos.
- Su derecho a que se le preste durante todo el proceso de la enfermedad, la mejor asistencia disponible, pero respetando los deseos del paciente en el caso de enfermedad irreversible.
- Su derecho a revisar y recibir explicaciones acerca de los costos por los servicios obtenidos, tanto por parte de los profesionales de la salud como por parte de las instituciones sanitarias. Al igual que el derecho a que en casos de emergencia, los servicios que reciba no estén condicionados al pago anticipado de honorarios.
- Su derecho a recibir o rehusar apoyo espiritual o moral cualquiera que sea el culto religioso que profese.
- Su derecho a que se le respete la voluntad de participar o no en investigaciones realizadas por personal científicamente calificado, siempre y cuando se haya enterado acerca de los objetivos, métodos, posibles beneficios, riesgos previsibles e incomodidades que el proceso investigativo pueda implicar.
- Su derecho a que se le respete la voluntad de aceptar o rehusar la donación de sus órganos para que estos sean trasplantados a otros enfermos.
- Su derecho a morir con dignidad y a que se le respete su voluntad de permitir que el proceso de la muerte siga su curso natural, en la fase terminal de su enfermedad”.

En el “Segundo Simposio Nacional de Derechos del Paciente”, convocado por la Defensoría del Pueblo, el Ministerio de Salud y otras entidades, en Santa Fe de Bogotá durante los días 8 y 9 de julio de 1992, desde la perspectiva del derecho a la salud que trae la nueva Carta Política de 1991, recomendando una serie de estrategias para mejorar la atención en el sector salud, y en la que la Defensoría del Pueblo tenga como una de sus funciones el velar por los derechos de la persona enferma y en general promover y defender el derecho a la salud.

3. ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA PENAL

3.1 ASPECTO HISTÓRICO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Ya establecimos que la fábula de quejas contra los médicos es tan antigua como el ejercicio mismo de la profesión, y volviendo a este estudio encontramos que las tablas sumerias del Rey Ur-Nammu datan del año 4050 A.C., las cuales ya establecían una escala de pagos cuando se demostraban lesiones atribuibles al ejercicio médico. En el año 3750 A.C. aparece el famoso Código de Hammurabi, que hacía que los cirujanos pagaran incluso con su vida por los errores cometidos. Posteriormente aparece en Egipto una norma de gran interés respecto al ejercicio médico que no se sujetase a las normas ortodoxas: Si se usa un tratamiento no convencional y el paciente muere, el sacerdote paga con su vida.

En 1.374 se sienta una de las primeras doctrinas sobre el ejercicio médico anglosajón en la demanda contra el cirujano Jhon Swanlond. El honorable Juez Jhon Cavendish expresa: “Si el cirujano hace todo lo que puede y emplea toda su dirigencia en la curación, no es justo culpabilizarlo...”

En 1.687 la justicia inglesa define mala práctica como: “... una ofensa a la ley natural (sea por curiosidad, experimentación o negligencia), que rompe la confianza que la comunidad coloca en el médico...”

El control social, que presiona al individuo a aceptar la norma se ejerce, entre otros, a través de métodos coercitivos que hace a quien se desvía sujeto de desaprobación y castigo social al responsabilizado de las consecuencias de sus propios actos que afectan el sentir y normal curso de una sociedad.

El Siglo XIII constituyó una de las épocas más cruciales en la historia de la legislación médica mundial. Los cambios sociales producidos por efectos de los violentos encuentros entre los mundos oriental y occidental, sumados a la organización interna de los nacientes países europeos, se reflejaron en las normas jurídicas que reglamentaron la profesión galénica.

En la alta Edad Media, el clero continuó haciéndose cargo de la atención sanitaria. Un médico sacerdote de aquel entonces (Petrus Hispanus) de origen portugués, fue elegido Papa en 1.276 como Juan XXI. Sin embargo, los concilios comenzaron a prohibir el ejercicio de la medicina a los clérigos. Previamente, el Concilio de Clermont había prohibido el ejercicio de la cirugía en intervenciones de gran magnitud por el peligro de muerte que representaba para el enfermo y a veces para el mismo cirujano.

El conocimiento de la Anatomía se perfeccionó en la época de las cruzadas debido a la costumbre de desarticular los cuerpos de los nobles fallecidos en combate para poder enviar los restos a sus respectivas tierras natales.

La costumbre de demandar por la mala práctica médica nace por varias razones: El consumismo que llevó a considerar la salud como un servicio comprable; los ingresos de los médicos; la pérdida de la relación médico-paciente; los seguros de la mala práctica médica; la proliferación de facultades de medicina; las modificaciones en la organización primero en el sistema nacional de salud y luego del Sistema de Seguridad Social en Salud; así como los cambios en la actitud del paciente que paso de una sumisión a una exigencia presionada.

Lo anterior originó la aparición de la denominada “medicina defensiva” que se define como una alteración en la forma de practica médica, inducida por amenaza o posibilidad de demanda, que intenta prevenirse de las quejas de los particulares, dejando bases de defensa en casos de una acción legal.

La aparición de las demandas médicas, ya ha llevado a ejercer una medicina defensiva, con un mayor deterioro de la relación médico paciente. Esto ha causado la correspondiente crisis en varios hospitales gubernamentales, cuyo cuerpo científico se encuentra en proceso de reorganización, debido al riesgo de “ejercer con las uñas” por unos salarios irrisorios y, muchas veces, sin el respaldo de la parte administrativa.

Las instituciones de salud (llámese Seguro Social, medicinas prepagadas, EPS, IPS, etc.), verán aumentar sus costos por el afán de protección profesional que tendrá que ampararse en una serie de exámenes complementarios que confirme las impresiones clínicas y se constituyan, como en los Estados Unidos, en “detectores de diagnósticos” para evitar ulteriores quejas. En fin, el precio de la buena medicina se elevará a niveles incalculables. Al mismo tiempo la relación con los pacientes correrá el peligro de transformase en una tensa correspondencia médico legal.

3.2 ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE 1991

Es propio destacar que la Asamblea Nacional Constituyente, que dio origen a la Constitución de 1991, tuvo su origen gracias a diversos fenómenos políticos y sociales de la época entre ellos la crisis del régimen político colombiano, crisis que puede entenderse originada en el conocido Frente Nacional, pues su fundamento clientelista y su carácter excluyente impidieron el surgimiento de nuevas expresiones políticas ajenas al bipartidismo dominante, necesarias para dotar de nuevo aire el ambiente político; desembocando en una evidente falta de legitimidad, es decir ,en ausencia de respaldo y obediencia a las instituciones estatales; coadyuvada por una completa imposibilidad del sistema político para

atender las diferentes y densas demandas sociales y por la incompetencia de los gobernantes e instituciones estatales para adoptar decisiones oportunas y procurar por la solución de conflictos.

En Colombia, la desinstitucionalización del Estado, su pérdida del monopolio legítimo de la fuerza, la crisis de los partidos y del Congreso, el estado caótico de la justicia, expresada en los altísimos índices de impunidad y en la aparición de múltiples formas de justicia privada, el centralismo, el régimen presidencialista; la tensión entre los procesos de modernización sin modernidad, entre otros factores, se han constituido en ejes estructurantes de la ingobernabilidad vivida en las últimas décadas¹².

Podemos considerar también dentro de los fenómenos que incentivaron la conformación de la Constituyente de 1991 que uno determinante fue la presencia del narcotráfico y su declarada guerra en contra del Estado colombiano, pues, este puso de manifiesto la debilidad y la incompetencia del Estado para controlar los efectos que el narcotráfico generaba.

El prenombrado movimiento se encontraba en absoluta oposición a la violencia y a las ideologías de algunos grupos que pretenden justificarla, abogaban por el respeto a las instituciones democráticas y a los derechos humanos, rechazaban cualquier tipo de intervención militar por parte de fuerzas armadas extranjeras y además solicitaban la convocatoria del pueblo colombiano para reformar las instituciones que no aportaban soluciones a la crisis del momento. Según entendemos es este tercer fenómeno el más determinante en el proceso de conformación de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991.

La propuesta de la séptima papeleta consistió en depositar un voto adicional a los seis oficiales en las elecciones parlamentarias y municipales de 1990, es decir adicional a los de Senado, Cámara de Representantes, Asamblea Departamental, Juntas Administradoras locales, Consejo Municipal y Alcaldes; con el propósito de que los electores tengan la posibilidad de decidir a favor o en contra de la conformación de una Asamblea Constituyente que reformara la actual Constitución Política. Propuesta que obtuvo, según estadísticas, un 86 por ciento de aceptación por los ciudadanos votantes.

En 1991 Colombia no solamente amplió de manera importante el “catálogo” de Derechos Ciudadanos en su Constitución Política, sino que creó instituciones y recursos tendientes a lograr su custodia y efectividad. Se proclama por lo tanto una revolución silenciosa que transforma los “estados de derecho” en “estados sociales de derecho”. Se aceptan en la nueva Constitución los logros de otras vertientes ideológica, hasta hace poco consideradas heréticas, en donde imperan

¹² GRANDA MARÍN, Alberto. *Asamblea Nacional Constituyente y Constitución Política de 1991*. Medellín: Universidad de Antioquia, 1991. p.3.

unos principios reconocidos por todos sus miembros a través de la suscripción de tratados, actos, acuerdos, declaraciones o convenidos que los obligan moralmente y que, una vez insertados en la Legislación Nacional, adquieren la obligatoriedad necesaria para imponerse.

Para efectos de nuestro trabajo vale la pena resaltar que es indudable que los fenómenos sociales y políticos tienen gran trascendencia en la estabilidad institucional del Estado, a tal punto que en ocasiones ante la incapacidad estatal se hace necesario implementar reformas que hagan posible una adecuada respuesta del órgano estatal a dichas circunstancias; y es aquí cuando se hacen esos cambios que demarcaron los parámetros incipientes del Sistema de Seguridad Social Integral que tendría su primera concreción con la Ley 100 de 1993, momento ambos en los cuales no se realizó un debate certero sobre la responsabilidad de los particulares y del Estado frente a la tipificación del resultado penal posiblemente resultante de la prestación del servicio médico, temario que entraremos a analizar con apoyo de la jurisprudencia nacional.

3.3 DESARROLLO JURISPRUDENCIAL CONSTITUCIONAL COLOMBIANO RELATIVO AL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD PENAL EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO

Responsabilidad es un vocablo que encierra un gran mundo, ya que es común hablar de responsabilidad moral, ética, social y jurídica. Pero es la Responsabilidad Jurídica la que recobra relevancia para ésta investigación, sin prescindir de la importancia de los demás tipos de responsabilidad en el ámbito de las relaciones humanas; ahora, ya dentro de la esfera del mundo del Derecho hay otras clasificaciones como la Disciplinaria, Penal, Civil contractual y extracontractual, Pública contractual y extracontractual.

Ahora, dentro del marco de las relaciones del Estado con los administrados vemos que por ciertos hechos, omisiones, operaciones -entre otras- se puede generar un daño que en principio debe ser reparado, es por ello, que dentro del presente escrito se pretende estudiar la evolución de los títulos Jurídicos de Imputación en materia RESPONSABILIDAD MÉDICA DEL ESTADO, es decir, cómo ha sido el tratamiento por parte de la Jurisprudencia y Doctrina Colombia y así determinar la variaciones en cuanto a los regímenes de Responsabilidad, de igual forma determinar aspectos clave en cuanto a la carga probatoria se refiere.

En el campo general para poder considerar a una persona responsable penalmente y, por consiguiente, sometida a sanción penal, deberá cumplirse con unas condiciones o presupuestos que integran ese concepto de responsabilidad, los cuales presentan diferencias según se estime al sujeto como imputable o inimputable; por consiguiente en la rama de medicina dichas directrices no son ajenas y tienen aplicación general.

Es así como la Corte Constitucional a través de rasgos generales ha estimado que la Responsabilidad Penal de los Imputables se presenta cuando judicialmente se establece que se ha cometido un hecho punible, típico, antijurídico y culpable y que por lo tanto ocasiona la aplicación de una sanción, como se resalta en las sentencias que siguen.

3.3.1. Sentencias C-176/93 y C-647/01, del Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Cierra. Por otra parte cuando hablamos de ausencia de responsabilidad penal, necesariamente se remite al artículo 32 del C. P, el cual habla de las causales de ausencia de responsabilidad; donde se configura una serie de presupuestos como lo son: la inexistencia de conducta, la atipicidad, justificación, inculpabilidad e incluso las situaciones de innecesaridad de la pena.

Es así como para poder entender la responsabilidad del medico en la conducta penal y de acuerdo a los anteriores planteamientos; es de importancia, resaltar la responsabilidad del medico en casos de conductas de comisión por omisión. Es así como se plantean Teorías Doctrinarias tales como las de el Doctor Eberhard Schmidt, quien con fundamento en el código deontológico que regula la actividad profesional de los médicos, sostiene que el facultativo ha de responder en todos aquellos casos en los cuales no atiende a un paciente que luego fallece o sufre lesiones. El médico, según este autor, tiene un deber profesional que lo sitúa en una posición de garantía permanente de los bienes jurídicos de los demás. La fundamentación de la responsabilidad penal del galeno en comisión por omisión, deviene así del compromiso general de protección que asume el mismo con la sociedad, al momento de haber optado por el ejercicio profesional de dicha actividad. En otras palabras: “la sola decisión personal por parte de un individuo de convertirse en médico, de acuerdo con este autor, fundamenta *per se* la existencia de un deber general de protección del mismo de los bienes jurídicos de los demás, con base en el código de ética que regula el ejercicio profesional de dicha actividad”¹³.

Es así como esta teoría dentro del ámbito jurídico colombiano se puede ver reflejada en el artículo 25 del Código Penal en concordancia con el 10º, que señalan que las fuentes de los deberes de garantía en nuestro país deberán estar claramente determinadas en la Constitución Política o en la ley. Pues bien, por un lado, en este sentido, encontramos consagrado en el artículo 95 de la Carta Política de 1991, el deber de solidaridad social (68), *ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas*. Sin embargo, en nuestro sentir, este es un deber general que recae sobre todos los ciudadanos, el cual no fundamenta deberes especiales y cualificados de actuación para los mismos. “Por ello, el argumento que toma mayor fuerza a la hora de fundamentar la atribución de una posición de garantía permanente sobre el facultativo en relación con los demás, se

¹³ SILVA SÁNCHEZ, Op. Cit., p. 60.

desprende de que en nuestro país, el legislador mediante la Ley 23 de 1981 (Código deontológico), antes mencionada, consagró el Código de Ética médica, el cual reguló la actividad profesional del facultativo en relación con sus pacientes y colegas”¹⁴. Reza el artículo 3° de la Ley en mención lo siguiente:

“el médico dispensará los beneficios de la medicina a toda persona que lo necesite, sin más limitaciones que las expresamente señaladas en esta Ley”.

Así mismo, el artículo 7° señala que:

“cuando no se trate de casos de urgencia, el médico podrá excusarse de asistir a un enfermo o interrumpir la prestación de sus servicios, en razón de los siguientes motivos: a) Que el caso no corresponda a su especialidad; b) Que el paciente reciba la atención de otro profesional que excluya la suya; c) Que el enfermo rehúse cumplir las indicaciones prescritas”.

Actualmente en Colombia la responsabilidad médica es de medio y no de resultado;

Es decir el galeno no está en la obligación de garantizar la salud del enfermo, pero si de brindarle todo su apoyo en procura de su mejoría. Excepcionalmente es de resultado como en aquellos casos de cirugías estéticas, donde el paciente piensa que va a obtener un resultado por la información deficiente que dan los facultativos; pues la información sesgada puede dar expectativas irreales y es la que genera la responsabilidad. La obligación contractual o extracontractual del médico respecto de la persona a quien va a tratar, es una prestación de servicios enmarcada en el consentimiento¹⁵.

Así mismo, es de saberse que en materia de Responsabilidad Médica del Estado se han presentado grandes innovaciones conceptuales y jurisprudenciales, dentro de las cuales se encuentra la aplicación del Principio de Confianza legítima, que ha sido definido por parte de la H. Corte Constitucional diciendo que:

¹⁴ En este sentido, vid. en la doctrina colombiana a Carlos Mario Molina Arrubla, *Responsabilidad penal en el ejercicio de la actividad médica*, 2ª edición, Santafé de Bogotá, Biblioteca Jurídica Dike, 1998, p. 94. Este autor sostiene en nuestro país el surgimiento de un deber especial de actuación para el médico, con base en el principio de solidaridad consagrado en la Constitución de 1991, cuando la actividad profesional del mismo se desarrolla en medio de una institución oficial. “Es absolutamente claro, en nuestro sentir, que cuando el médico presta sus servicios profesionales a través de una institución de carácter oficial, ha de dispensar sus servicios profesionales a todo paciente que así lo requiera en todos aquellos casos de urgencia, como que así se desprende ello del mismo artículo 2° de la Constitución Nacional”.

¹⁵ Vidal Perdomo, Jaime y otros. *Temas de derecho administrativo contemporáneo. Artículo: el título jurídico de imputación en la responsabilidad estatal*, Centro Editorial Universidad del Rosario. Bogotá 2005, p. 306 s.s

Este principio puede proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades (...) si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege”.¹⁶

En este orden de ideas con respecto a la aplicación de este principio en responsabilidad medica, el Consejo de Estado afirma lo siguiente: *“En tratándose de la prestación del servicio público médico-hospitalario, el Estado asume una carga especialísima de protección, toda vez que las personas que se someten a la praxis médica, quirúrgica y/u hospitalaria, lo hacen con la finalidad de que un grupo de personas con un conocimiento profesional y técnico brinden soluciones efectivas a situaciones que se relacionan de manera directa o indirecta con el concepto de salud (.....)”*

“Es así como el principio de confianza legítima en materia de la prestación del servicio médico-hospitalario se torna más exigente, como quiera que los parámetros científicos, profesionales y técnicos que rodean el ejercicio de la medicina se relacionan con el bien jurídico base y fundamento de los demás intereses jurídicos, esto es, la vida y, por conexidad, la salud”.¹⁷

Por supuesto que el tema ha sido controvertido; toda vez que la tradición jurídica latina se inclina por la decisión discrecional “paternalista” del médico, mientras que la doctrina anglonorteamericana le da relevancia al consentimiento del paciente, no pudiendo realizarse el tratamiento sin su aceptación.

Este criterio tiene su antecedente remoto en el propósito de John Locke, uno de los encargados de fundamentar teóricamente el nuevo ordenamiento social, enunciando que nadie puede dañar a otro en su vida, salud, libertad y propiedad. Con respecto a la mala práctica médica, esta se podría definir como una situación de impericia, negligencia o indolencia profesional, donde el galeno produce un resultado que no previó, que no anticipó y que sin embargo era anticipable, representable y objetivamente previsible. Y donde la imprudencia grave es entendida como la omisión de todas las precauciones exigibles que debieron adoptarse en el suceso o evento de que se trate, o al menos de las más elementales o rudimentarias y es sancionada a título de delito.

De esta manera es que el Consejo de Estado, en reciente jurisprudencia, consideró a la actividad médica como una relación jurídica compleja, indicando con esto que ya no se deberá circunscribir a una simple obligación de medio, sino que para derivar la responsabilidad a cargo de los médicos tocará analizar los procedimientos realizados de una manera integral y no aislada. Para un mejor

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-478 de 1998 M.P. Doctor Alejandro Martínez Caballero.

¹⁷ Consejo De Estado, Sentencia 16775, 16 de Julio de 2008 C.P Doctora Myriam Guerrero de Escobar.

entendimiento, es preciso señalar los puntos más sobresalientes de la Sentencia de Octubre 7 de 1999, exp. 12.655, Consejera Ponente Maria Elena Giraldo Gómez:

“Lo que se trata es de concentrar la atención en torno a la relación obligacional en su conjunto, con especial acento en el objeto de la prestación, con el propósito de evitar la propensión de reducir a un solo rubro la prestación del servicio médico y/o hospitalario. Se sostiene que el ejercicio de las denominadas profesiones liberales comporta únicamente la asunción por el deudor de obligaciones de medio o de mera actividad, queriéndose significar con ello que el médico o, mas genéricamente, los profesionales de la salud solo están obligados a observar una conducta diligente, en virtud de la cual han de procurar la obtención de la curación, sin que el resultado- mejoría del paciente – haga parte del alcance débito prestacional.

Sin embargo, analizados integralmente la totalidad de la conducta médica, esto es, involucradas todas las fases o etapas que hacen parte del amplio programa prestacional, es evidente que la obligación de prestar asistencia médica configura una relación jurídica compleja.

“Esa relación está compuesta por una pluralidad de deberes obligaciones; así lo destaca la doctrina al enunciar dentro de la pluralidad del contenido prestacional médico unos deberes principales y otros secundarios. Respecto de los deberes principales están, por lo general, los de ejecución, de diligencia en la ejecución, de información y de guarda del secreto médico. Ya en el acto médico propiamente dicho, aparecen los denominados deberes secundarios de conducta como son atinentes a la elaboración del diagnóstico, de información y de elaboración de la historia clínica, la práctica adecuada y cuidadosa de los correspondientes interrogatorios y la constancia escrita de los datos relevantes expresados por el paciente, la obtención de su identidad, si ello es posible, el no abandono del paciente o del tratamiento y su custodia hasta que sea dado de alta. Estos deberes secundarios son, entre muchos, los que integran el contenido prestacional médico complejo.

“Por eso debe averiguarse cuál o cuales de los deberes obligaciones han sido inobservados y de que forma y, cual el alcance de cada uno de ellos, para poder juzgar la conducta del médico frente a cada caso concreto, y así poder determinar cual es la incidencia causal de los incumplimientos o las deficiencias en el desencadenamiento del evento dañoso.

“Por lo anterior se tendrían que hacer, primero, un análisis frente al caso concreto –atendiendo la naturaleza de la patología– y, segundo, evaluar las etapas o fases en que se proyecta la adecuada realización del acto médico complejo, con el propósito de identificar qué prestaciones pueden encuadrarse en el rubro de mera

actividad y cuales otras exigen el resultado concreto dentro de toda la prestación médico asistencial.

“Esta exigencia se hace necesaria para evitar la tendencia a situar como actividad de medios, aquellas acciones que se perfilan claramente como típicas prestaciones de resultado: la obtención de un buen resultado en términos médicos, dependerá, entonces, en buena medida, de la adecuada realización y diferenciación de cada una de las etapas”.

Así mismo dentro de las Filas Jurisprudenciales del Consejo de Estado se ha desarrollado dos tesis que le han servido a otras altas Cortes, tales como la Corte Suprema de Justicia dirimir controversias en cuanto a la existencia de responsabilidad penal, alrededor de la falla presunta en la que puede recaer el Profesional de la Salud.

De esta manera la prima tesis que se plantea por parte del Consejo de Estado se ha planteado de la siguiente manera:

La Falla Médica se debe presumir por la posibilidad en que se encuentran los Médicos –en general los profesionales de la salud-, dado su conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta, de satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que puedan formularse contra sus procedimientos¹⁸.

Planteada la anterior tesis se debe encajar dentro del desarrollo conceptual y jurisprudencial del denominado **Error Inexcusable**, el cual tiene una estrecha relación con la culpa de los galenos cuando se presta el servicio médico-asistencial y puede definirse como una conducta “que no hubiese sido cometida por una persona diligente (médico diligente) situada en las mismas circunstancias del agente investigado (...) la negligencia no es otra cosa distinta a la omisión por parte del sujeto de cierta actividad que podría haber evitado el resultado perjudicial; como quiera que el agente no hizo lo que debía hacer o hizo menos de lo debido, la imprudencia, por su lado se da cuando se obra de forma precipitada sin preverse las consecuencias que se pueden derivar de ese accionar irreflexivo: se hace lo que no se debe”¹⁹.

Ahora bien se debe hacer claridad desde el punto de vista de la Jurisprudencia del Consejo de Estado que la falla presunta es equivalente a un régimen objetivo y así lo ha determinado la jurisprudencia al decir: “Una segunda precisión viene dada por la necesidad de aclarar que la aplicación de la falla presunta a un caso, no lo

¹⁸ ARANDA CAMACHO, Carlos Andrés; *Regímenes De La Responsabilidad Médica Del Estado Con Fundamento En El Principio De Confianza Legítima Y El Error Inexcusable*. Bogotá: Universidad Santo Tomas de Aquino, p.6.

¹⁹ Consejo De Estado, Sentencia 16775, 16 de Julio de 2008 C.P Doctora Myriam Guerrero de Escobar.

hace per-se de responsabilidad objetiva, sino que aún siendo justificable bajo el sistema de responsabilidad subjetiva entra a caracterizarse porque no corresponde al accionante acreditar la falla, sino que al accionado probar la diligencia y cuidado debidos, pero el análisis del acontecimiento generador del daño resulta imprescindible porque hay necesidad de hallar o descartar en él un defecto de conducta.²⁰

De esta manera la Doctrina termina concluyendo de manera puntual lo siguiente: Con respecto a la Responsabilidad Médica del Estado se observa que “al hablar de presunción de falla se está indicando que el demandante no tiene que acreditar la deficiencia del demandado en la causación del daño. Esto es, el actor queda relevado de la actividad de probar que la autoridad demandada no actuó, actuó irregularmente, o lo hizo bien pero de manera tardía, sin que ello quiera decir que no debe alegarlo (...) la presunción tiene que ver con un aspecto procedimental que surge para el damnificado de probar la falla frente a ciertas actividades que han venido complicándose por las circunstancias o por la ciencia que implican, razón por la cual la jurisprudencia razonablemente la presume, no porque normalmente se espere que ocurra la responsabilidad, sino porque la prueba está mas próxima al demandado, a quién le corresponderá entonces demostrar que dicha falla no existió.”²¹

También cabe destacar que el Consejo de Estado ha admitido que *“la posibilidad de emplear los sistemas de aligeramiento probatorio de res ipsa loquitur (las cosas hablan por sí solas) o culpa virtual (faute virtuelle), en aquellos eventos en los que el daño padecido es de tales proporciones y se produce en unas circunstancias particulares que se acorta el recorrido causal y la culpa se entiende probada. De otro lado, se ha avalado la existencia de un indicio de falla a partir de la acreditación de un determinado evento medico se desarrolló en términos normales y que fue al momento del tratamiento que se produjo el daño (...)*

Por otro lado el hecho de no diagnosticar un determinado hecho biológico y no realizar las pruebas y exámenes pertinentes tiene gran relación con “el principio de confianza legítima en los términos expuestos por la doctrina de la imputación objetiva, conceptos jurídicos creados y desarrollados para garantizar una eficiente y verdadera imputación material o fáctica del resultado. En esa perspectiva, si se presenta, un evento de res ipsa loquitur, como quiera que los médicos se pueden abstener de descartar cualquier otro tipo de diagnóstico y se limitan a verificar superficialmente la sintomatología del paciente, sin siquiera indagar científicamente los síntomas determinados en el paciente. Por consiguiente, el daño considerado en sí mismo, reviste una excepcionalidad y anormalidad que permite dar por configurado un supuesto

²⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 16 de agosto de 2006, radicado 14838 C. P. Doctor Mauricio Fajardo Gómez.

²¹ RIVADENEIRA BERMUDEZ, Rosember Emilio. *Manual De Derecho Probatorio Administrativo*, Edición 2008. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., p. 77.

de acercamiento probatorio en la imputación de aquél, toda vez que no existe otra forma de explicar la producción del perjuicio que en la propia conducta de la entidad, quien de manera precipitada e irregular puede llegar a ordenar un tratamiento al considerar que no se encuadra con la sintomatología de un paciente determinado. La sola circunstancia de haberse practicado un tratamiento científico con la férrea convicción de que se estaba en presencia de un único síntoma, con tiempo de aplicar otro tratamiento mas idóneo, para luego llevarse la sorpresa de que un determinado paciente reflejaba otro tipo de síntomas, (...) refleja la dimensión del daño antijurídico causado lo que permite afirmar se trata de un supuesto en el que las cosas o circunstancias hablan por sí solas, como quiera que son demostrativas de que existió un yerro flagrante en la etapa de atención, valoración y diagnóstico de la gestante.²²

De igual forma en la rica jurisprudencia del Consejo de Estado se destaca una segunda tesis respecto a la falla médica, y se define de la siguiente manera:

No todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas y científicas. Habrá que valorar en cada caso, si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva²³.

Según lo antes dicho se encuentra que “en el régimen de falla del servicio probada se aplica en toda su extensión la regla general de la carga de la prueba, es decir, el demandante que alegue el hecho constitutivo de algún daño debe demostrarlo (...) frente al régimen comentado la aptitud probatoria de la administración o de la autoridad demandada se encamina a demostrar que obró con prudencia y diligencia en el servicio que se encontraba prestando, es decir que obró con ausencia de falla” es importante señalar que la autoridad también podrá exonerarse probando alguna causa extraña²⁴.

De conformidad al análisis dinámico antes presentado es necesario recordar que en materia de Responsabilidad Médica del Estado antes de 1990 este era el título jurídico al cual se recurría para endilgar responsabilidad a las instituciones prestadoras del servicio medico asistencial.

Es así como la Constitución Política de 1991 establece dentro de los deberes y obligaciones lo siguiente: “ARTICULO 95. La calidad de colombiano enaltece a

²² Consejo De Estado, Sentencia 18364, 19 de Agosto de 2009 C.P Doctor Enrique Gil Botero.

²³ BERNATE OCHOA, Francisco. *Responsabilidad Penal Médica*, Edición 2008, Prolegómos Universidad Militar Nueva Granada, pp. 65-80

²⁴ VELÁSQUEZ GIL, Catalina; Velásquez Gómez, Iván. *Responsabilidad Contractual Y Extracontractual Del Estado*, Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Primer Semestre de 2006, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., p. 208

todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: (...). Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia; (...)",

De esta forma el anterior precepto constitucional es el sustento de la aplicación de la Carga dinámica de la prueba, es de aplicación para "casos en los cuales se alega una falla del servicio con ocasión de la actividad médica, se tiene, por regla general, en cuanto a la carga de la prueba, que al actor le incumbe demostrar la falla médica a menos que, por las especialidades características del paciente o del servicio, ello resulte extraordinariamente difícil para él, caso en el cual, a manera excepcional, será procedente la inversión del deber probatorio previsto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, con fundamento en que la regla que consagra resulta contraria al principio de equidad previsto en el artículo 230 de la Constitución Política, como criterio auxiliar de la actividad judicial"²⁵.

Además es importante recordar en expresiones jurisprudenciales del Consejo de Estado que

Tratándose de la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, la parte actora deberá acreditar los supuestos de hecho que estructuran los fundamentos de esa responsabilidad; es decir, la falla en la prestación del servicio, el daño, y la relación de causalidad entre estos dos elementos, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño; por otra parte no es dable exigir a ningún médico, como no se puede hacer con ningún otro miembro de la sociedad, el don de la infalibilidad, pues de lo contrario, todas las complicaciones posibles que surjan dentro del vínculo médico-paciente serían imputables a los profesionales de la salud, lo cual es absurdo. Lo que se juzga no es en realidad un resultado inadecuado, sino si ese resultado es consecuencia de un acto negligente o descuidado que no se ciñó a las reglas o postulados de la profesión, teniendo en cuenta, claro está, las circunstancias específicas de cada caso en particular; como por ejemplo cuando no se obra con la debida diligencia y cuidados exigidos, pues debido a una equivocación imperdonable, ésta fue sometida a una intervención quirúrgica que no debió practicársele, lo cual le produjo un daño moral que no estaba en la obligación de soportar.²⁶

Igualmente es importante destacar que la responsabilidad médica por transmisión de enfermedades e infecciones se propugna por el que establece que la

²⁵ Ibíd. Supra nota 7.

²⁶ Ibíd.

demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial corre por cuenta del demandante, por lo que opera el régimen de la falla en la prestación del servicio en la modalidad probada. El consejo confirmó la condena al Instituto de Seguros Sociales por la muerte de un recién nacido a causa de una infección intrahospitalaria. A juicio del alto tribunal, en la responsabilidad por la transmisión de enfermedades e infecciones es difícil acreditar el hecho atribuible a la persona que con su conducta culposa ha infectado a otra y demostrar la relación causal entre el hecho constitutivo de culpa y el daño. “Por esta razón, en estos eventos se debe establecer la responsabilidad por vía indiciaria. Sin embargo, aclaró que se debe establecer en lo posible cuál es el vector que ha servido de medio para la transmisión de la enfermedad cuando es indirecta o por lo menos determinar la fuente de la infección o de la enfermedad.”²⁷

En cuanto a lo Establecido por la Corte Suprema de Justicia, la responsabilidad medica y de su ausencia en lo penal es algo confusa ya que no ha tenido una evolución clara y definida en lo tocante a la identidad o diferencia entre la fuerza mayor y el caso fortuito a la hora de dirimir la ausencia de la responsabilidad medica; en otras oportunidades los ha distinguido y admite que en responsabilidad civil por actividades peligrosas “la fuerza mayor exonera siempre de responsabilidad, pero no sucede lo mismo con el caso fortuito, porque cuando el accidente ha podido o debió ser previsto por quien ejercita la actividad peligrosa, el caso fortuito que motiva el accidente, por lo mismo que era previsible, no causa exoneración de responsabilidad”. La decisión trata de diferenciar la fuerza mayor y el caso fortuito, fundamentada en que este último se presenta aunque el hecho dañino sea previsible.

En consecuencia, para la H. Corte, “la fuerza mayor debe ser imprevisible e irresistible, por lo cual tiene poder liberatorio; en cambio, el caso fortuito (puesto que es previsible) no exonera de responsabilidad. La Corte tiene razón en exigir la imprevisibilidad y la irresistibilidad como características de la causa extraña, lo que no tiene sentido es que siga diferenciando las nociones de fuerza mayor y caso fortuito, máxime que nuestro legislador ha identificado los dos conceptos.”

En cuanto al punto de vista por parte de la Corte Constitucional a la responsabilidad del medico en base a lo penal, nos remontamos al año de 1997, en donde *la Sentencia 239 proferida en mayo de 1997 por la Corte Constitucional de Colombia* a favor de la eutanasia, pues por medio de la cual se quita responsabilidad penal al médico en los casos en que el paciente siendo consiente de su estado de salud, permite la aplicación de la eutanasia para “morir de manera digna”; es por ello que la Corte Constitución genero una nueva causal de amparo de ausencia de responsabilidad, en base a los siguientes presupuestos extraídos de la misma Sentencia:

²⁷ Ibíd.

- El deber del Estado de proteger la vida debe ser entonces compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Por ello la Corte considera que frente a los enfermos terminales que experimentan intensos sufrimientos, este deber estatal cede frente al consentimiento informado del paciente que desea morir en forma digna. En efecto, en este caso, el deber estatal se debilita considerablemente por cuanto, en virtud de los informes médicos, puede sostenerse que, más allá de toda duda razonable, la muerte es inevitable en un tiempo relativamente corto. En cambio, la decisión de cómo enfrentar la muerte adquiere una importancia decisiva para el enfermo terminal, que sabe que no puede ser curado, y que por ende no está optando entre la muerte y muchos años de vida plena, sino entre morir en condiciones que él escoge, o morir poco tiempo después en circunstancias dolorosas y que juzga indignas. El derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no sólo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta, sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral. La persona quedaría reducida a un instrumento para la preservación de la vida como valor abstracto.
- El Estado no puede oponerse a la decisión del individuo que no desea seguir viviendo y que solicita le ayuden a morir, cuando sufre una enfermedad terminal que le produce dolores insoportables, incompatibles con su idea de dignidad. Por consiguiente, si un enfermo terminal que se encuentra en las condiciones objetivas que plantea el Código Penal considera que su vida debe concluir, porque la juzga incompatible con su dignidad, puede proceder en consecuencia, en ejercicio de su libertad, sin que el Estado esté habilitado para oponerse a su designio, ni impedir, a través de la prohibición o de la sanción, que un tercero le ayude a hacer uso de su opción. No se trata de restarle importancia al deber del Estado de proteger la vida sino, de reconocer que esta obligación no se traduce en la preservación de la vida sólo como hecho biológico.
- El consentimiento del sujeto pasivo debe ser libre, manifestado inequívocamente por una persona con capacidad de comprender la situación en que se encuentra. Es decir, el consentimiento implica que la persona posee información seria y fiable acerca de su enfermedad y de las opciones terapéuticas y su pronóstico, y cuenta con la capacidad intelectual suficiente para tomar la decisión. Por ello la Corte concluye que el sujeto activo debe de ser un médico, puesto que es el único profesional capaz no sólo de suministrar esa información al paciente sino además de brindarle las condiciones para morir dignamente. Por ende, en los casos de enfermos terminales, los médicos que ejecuten el hecho descrito en la norma penal con el consentimiento del

sujeto pasivo no pueden ser, entonces, objeto de sanción y, en consecuencia, los jueces deben exonerar de responsabilidad a quienes así obren.

Es así como la Corte desarrolla la posibilidad de protección y de exoneración de responsabilidad para los médicos; en caso de verse expuestos a una situación en la que tengan que aplicar la eutanasia en pro del principio fundamental de una vida digna.

3.3.2. Sentencia C-355 del año 2006. De igual manera sucede con un tema neurálgico para la sociedad colombiana, y es el referente al del Aborto; en donde jurisprudencia de la Corte Constitucional genera tres causales de ausencia de responsabilidad para la comunidad medica; en cuanto a la aplicación de métodos de aborto en tres casos especiales; los cuales fueron establecidos en **Sentencia C-355 del año 2006** de la siguiente manera:

- Por encontrarse en peligro la vida o la salud de la mujer, también denominado aborto terapéutico: Se podría argumentar, para esta circunstancia concreta, que en el ordenamiento penal la institución denominada estado de necesidad conduce a la ausencia de responsabilidad cuando se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente e inevitable de otra manera. Pero como lo ilustra la demandante, las exigencias para la procedencia de esta causal, tal como se ha entendido a lo largo de la historia de esta institución, resultan incongruentes con la situación de la madre en riesgo de su vida o salud y la vida de la criatura no nacida..... En otras palabras, la necesidad constitucional de protección de los derechos ya anotados en cabeza de la mujer es de mayor intensidad que aquella necesidad también constitucional de protección de la vida del que está por nacer.
- En el caso de la sanción de la práctica del aborto cuando la mujer ha sido sometida a un acto de violación o de imposición de un embarazo contra su voluntad, la Defensoría considera que sancionara a la mujer, ocasiona una nueva ofensa a la ya sufrida, situación que se complica aún más con la imposición de un embarazo. Por ello, someter a un juicio a una mujer que a suspendido su embarazo fruto de una violación, le impone un menoscabo de su integridad de tal dimensión que desconoce los principios de vida digna e igualdad y se atenta de manera grave contra el derecho a no ser objeto de tratos crueles y degradantes y a no ser discriminado..... En consecuencia, en aquellos eventos donde la interrupción del embarazo sea el resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento , abusivo , o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas , o de incesto, no puede ser reprochado penalmente por cuanto se atentó de manera grave e inmensa contra la libertad de la mujer , derecho esencial en un Estado Democrático , y específicamente contra la voluntad de la

mujer de reproducirse, derecho este inherente y básico en la mujer por cuanto es el único ser capaz de traer al mundo a otro ser.

- En el caso de la discusión sobre la despenalización del aborto, es aquel que hace relación con malformaciones genéticas del feto en gestación que lo hagan incompatible con la vida extrauterina, considera la Defensoría que, a diferencia del aborto provocado como consecuencia de un embarazo forzado ocasionado por un acceso carnal violento, el aborto de niños con severas malformaciones no se configura como una circunstancia de atenuación punitiva, lo que significa que tales casos se tipifican sencillamente como aborto..... En este orden de ideas, el derecho al libre desarrollo de la personalidad toma un realce constitucional de gran tono, cuando se compara con el ser que está por nacer y con su irrealizable e imposible vida o vida independiente. No cabe dudas, que no podría hacerse valer, por encima del derecho cierto y consolidado de la mujer madre como persona humana con vida independiente.

Desde el punto de vista disciplinario es importante resaltar que El Código Disciplinario (CDU) establecido en la Ley 734 de 2002, preceptúa las faltas disciplinarias en que incurrirán los funcionarios públicos por el ejercicio desviado de sus deberes.

El médico como tal podrá adecuarse bien sea a las faltas gravísimas, graves o leves que tal ley consagra y será la Procuraduría la encargada de sancionarlo con amonestaciones o con la destitución, según sea el caso.

Se debe recordar que en ejercicio del poder disciplinario las investigaciones que adelante éste organismo del Ministerio Público son prevalentes, lo cual indica que desplazará por expresa disposición constitucional cualquier investigación que esté adelantando por concepto disciplinario.

4. RESPONSABILIDAD MÉDICA PENAL POR IMPRUDENCIA

4.1 CASO ESTADO VS. BARÓN Y GUEVARA

El 10 de julio de 1997, Inés Patricia Amaya Guiza, mujer en estado de aproximadamente 25 semanas de embarazo a quien se le había diagnosticado una '*placenta previa*', ingresó al Hospital El Tejar de Bogotá después de manifestar síntomas de sangrado vaginal y expulsión de coágulos por dicho conducto, por lo cual recibió la atención y el tratamiento que le prescribió el doctor FRANKLIN ALFREDO GUEVARA TAPIA, médico adscrito a dicha entidad, quien le dio de alta el 12 de julio siguiente.

En razón a que volvió a sangrar, Inés Patricia Amaya Guiza ingresó una vez más al Hospital El Tejar el 17 de julio de 1997, en donde fue atendida en un principio por el doctor FERNANDO BARÓN BARRERA, director de la mencionada institución, quien entre otras cosas le realizó un tacto vaginal para efectos de determinar la gravedad de su estado.

Para los días siguientes, el cuidado y atención de la paciente estuvo a cargo del médico FRANKLIN ALFREDO GUEVARA TAPIA, quien el 21 de julio de 1997 consideró necesaria la remisión de Inés Patricia Amaya Guiza a un centro hospitalario de mayor complejidad para que se continuara con el tratamiento.

Luego de tratar de manera infructuosa que la paciente fuera recibida por las vías regulares en otra institución, su esposo Orlando Villamarín Parra, ante la sugerencia de los doctores, salió por sus propios medios en compañía de Inés Patricia Amaya Guiza con el fin de que fuera atendida de urgencias en el Hospital San José, en donde fue recibida el 22 de julio de 1997.

Luego de haber sido intervenida quirúrgicamente en dicho centro hospitalario, Inés Patricia Amaya Guiza dio a luz de manera prematura a H. Y. V. A., pero, debido al estado en que se encontraban y a que no presentaron mejoría alguna, los dos fallecieron los días 29 y 26 de julio de 1997, respectivamente.

El Juzgado Cincuenta y Cuatro Penal del Circuito de Bogotá dictó sentencia en contra de los procesados y los condenó como autores responsables del concurso de delitos en comento a la pena principal de 36 meses de prisión, multa de \$10.000 y suspensión por un año de la actividad de la medicina. Igualmente, los condenó a la pena accesorio de ley, al pago de perjuicios derivados de la ejecución de las conductas punibles y les concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad, de conformidad con lo previsto en el artículo 63 del Código Penal, condena que fue confirmada en las dos instancias siguientes.

4.2 IMPUTACIÓN AL TIPO OBJETIVO Y LA CREACIÓN DEL RIESGO NO PERMITIDO EN EL DELITO IMPRUDENTE EN COMENTO

En casación ante la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, se tuvieron las siguientes consideraciones: “El artículo 37 del decreto ley 100 de 1980 definía al delito culposo o imprudente como aquel hecho punible que es realizado por el agente con falta de previsión del resultado previsible o con la confianza de poder evitarlo”²⁸.

Tal concepción, que consideraba a la imprudencia como una forma de culpabilidad fundada de manera exclusiva en criterios subjetivos como la ‘previsibilidad’ de Carrara²⁹ o los mecanismos generadores de la culpa en forma de ‘negligencia’ e ‘impericia’ tratados por Reyes Echandía³⁰, presentaba serios problemas para efectos de la construcción coherente de una teoría del delito. Para poner un ejemplo, en palabras de Roxin, “si un joven cita a su novia para encontrarse en un lugar, donde la misma casualmente resulta muerta por el golpe de un meteorito, se trataría, según la doctrina antigua, de un homicidio típico y antijurídico, que no se castigaba solamente por falta de culpabilidad imprudente”³¹.

De ahí que la jurisprudencia de la Sala³² fue desplazando los criterios de realización del delito culposo hacia aspectos mera-mente objetivos, situados en la categoría de la tipicidad, con la introducción y consolidación del concepto, acuñado por Welzel³³, de la infracción al deber objetivo de cuidado.

Gracias a esta evolución, lo esencial de la culpa no residía ya en actos de voluntariedad del sujeto agente, como se consideraba en la concepción clásica, sino en el desvalor objetivo de la acción por él realizada, siempre y cuando estuviera acompañada del resultado típico, es decir, del desvalor del resultado.

Con la entrada en vigencia de la ley 599 de 2000, el legislador acogió los planteamientos de la Corte y, en su artículo 23, definió a la conducta culposa como aquella que produce un resultado típico mediante la infracción a un deber objetivo de cuidado en la que el sujeto debió haberlo previsto o, habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo³⁴.

²⁸ Sentencia de 8 de noviembre de 2007. Radicación 27388.

²⁹ CARRARA, Francesco, *Programa de derecho criminal I*. Bogotá: Temis, 1996, p. 80.

³⁰ REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Derecho penal. Parte general*, Bogotá: Temis, 1987, p. 218-222.

³¹ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid: 1997, pp. 24, 3.

³² Véase, entre otras, sentencias de 23 de noviembre de 1995, radicación 9476, y 16 de septiembre de 1997, radicación 12655

³³ WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970, pp. 187 y ss.

³⁴ Sentencia de 8 de noviembre de 2007. Radicación 27388.

En la doctrina penal contemporánea, la opinión dominante considera que la realización del tipo objetivo en el delito imprudente (o, mejor dicho, la infracción al deber de cuidado) se satisface con la *teoría de la imputación objetiva*, según la cual un hecho causado por el agente le es jurídicamente atribuible a él si con su comportamiento ha creado un peligro para el objeto de la acción no abarcado por el *riesgo permitido* y dicho peligro se realiza en el resultado concreto.

Lo anterior significa que, frente a una posible conducta culposa, el juez, en primer lugar, debe valorar si la persona creó un riesgo jurídicamente desaprobado desde una perspectiva *ex ante*, es decir, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente situado en la posición del autor, a lo que habrá de sumársele los conocimientos especiales de este último, el hecho sería o no adecuado para producir el resultado típico³⁵.

En segundo lugar, el funcionario tiene que valorar si ese peligro se realizó en el resultado, teniendo en cuenta todas las circunstancias conocidas *ex post*.

En aras de establecer cuándo se concreta la creación de un *riesgo no permitido* y cuándo no, la teoría de la imputación objetiva ha integrado varios criterios limitantes o correctivos que llenan a esa expresión de contenido.

La Sala menciona que “No provoca un riesgo jurídicamente desaprobado quien incurre en una “conducta socialmente normal y generalmente no peligrosa”³⁶, que por lo tanto no está prohibida por el ordenamiento jurídico, a pesar de que con la misma haya ocasionado de manera causal un resultado típico o incluso haya sido determinante para su realización”.

Tampoco se concreta el riesgo no permitido cuando en el marco de una cooperación con división del trabajo en el ejercicio de cualquier actividad especializada o profesión el procesado observa los deberes que le eran exigibles y es otra persona perteneciente al grupo la que no respeta las normas o las reglas del arte (*lex artis*) pertinentes. Lo anterior, en virtud del llamado principio de confianza, según el cual “el hombre normal espera que los demás actúen de acuerdo con los mandatos legales, dentro de su competencia”³⁷.

Igualmente, falta la creación del riesgo desaprobado cuando alguien sólo ha participado con respecto a la conducta de otro en una *acción a propio riesgo*, como la denomina Jakobs³⁸, o una *autopuesta en peligro dolosa*, como la llama

³⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, J. M. Bosch, Barcelona, 2001, p. 378.

³⁶ ROXIN, *Op. cit.*, pp. 24, 45.

³⁷ Sentencia de 20 de mayo de 2003, radicación 16636.

³⁸ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 293 y ss.

Roxin³⁹, para cuya procedencia la Sala ha señalado los siguientes requisitos:

Para que la acción a propio riesgo o autopuesta en peligro de la víctima excluya o modifique la imputación al autor o partícipe es necesario que ella:

”Uno. En el caso concreto, tenga el poder de decidir si asume el riesgo y el resultado.

”Dos. Que sea autorresponsable, es decir, que conozca o tenga posibilidad de conocer el peligro que afronta con su actuar. Con otras palabras, que la acompañe capacidad para discernir sobre el alcance del riesgo.

Tres. Que el actor no tenga posición de garante respecto de ella”⁴⁰.

En cambio, *“por regla absolutamente general se habrá de reconocer como creación de un peligro suficiente la infracción de normas jurídicas que persiguen la evitación del resultado producido”*⁴¹.

Así mismo, se crea un riesgo jurídicamente desaprobado cuando concurre el fenómeno de la elevación del riesgo, que se presenta “cuando una persona con su comportamiento supera el arrisco admitido o tolerado jurídica y socialmente, así como cuando, tras sobrepasar el límite de lo aceptado o permitido, intensifica el peligro de causación de daño”⁴².

En este orden de ideas, como bien lo sintetiza Roxin, “para constatar la realización imprudente de un tipo no se precisa de criterios que se extiendan más allá de la teoría de la imputación objetiva”⁴³.

4.3 DESARROLLO DEL CASO

En el asunto que centró en su momento la atención de la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, si bien es cierto que durante la actuación se manejaron de manera indiscriminada distintas expresiones con las que ha sido analizado el comportamiento imprudente a lo largo de la evolución de la teoría del delito (negligencia, impericia, infracción al deber de cuidado, riesgo no permitido, etc.), también lo es que la inconformidad del demandante recurrente en lo que a la adecuación típica del delito de *homicidio culposo* atañe se reduce a la valoración en el caso concreto de a quién o a quiénes se les puede atribuir la muerte de la madre y de su hijo recién nacido.

³⁹ ROXIN, Op. cit., p. 24, 13.

⁴⁰ Sentencia de 20 de mayo de 2003, radicación 16636

⁴¹ ROXIN, Op. cit., p. 24, 17

⁴² Sentencia de 7 de diciembre de 2005, radicación 24696

⁴³ ROXIN, Op. cit., p. 24, 13.

De acuerdo con el defensor, los resultados típicos le serían achacables a la madre por haber intentado con su marido concebir al menor después de dos embarazos fallidos, o bien por haber escogido una institución hospitalaria que carecía del nivel necesario para atender a su esposa y al *nasciturus*, o bien a la ARS que tenía la obligación de encontrarles un hospital de tercer nivel, o bien a los médicos del centro hospitalario en donde ocurrieron los decesos, pero de ninguna manera a los médicos culpados y, por lo tanto, debería reconocérsele la aplicación del principio de confianza.

La Corte respondió los anteriores planteamientos de la siguiente manera:

“Aunque Orlando Villamarín Parra haya afirmado bajo la gravedad del juramento que su esposa Inés Patricia Amaya Guiza había tenido dos abortos con anterioridad a los hechos que nos ocupan⁴⁴ y que el nacimiento del menor H. Y. V. A. era querido por ambos⁴⁵, no se puede predicar la existencia de un riesgo jurídicamente desaprobado en su comportamiento.

“En efecto, la conducta de dos personas adultas que de manera libre, conciente y voluntaria deciden procrear un hijo no representa consecuencia alguna para efectos de la atribución de resultados típicos ni mucho menos de responsabilidades jurídico-penales, a pesar de los altos riesgos que en determinadas casos particulares se puedan presentar por razones de salud, en la medida en que no sólo se trata de una acción aceptada socialmente y no prohibida por el ordenamiento jurídico, sino que además constituye el vínculo natural por excelencia mediante el cual se configura la familia, que es núcleo fundamental de la sociedad, de conformidad con lo establecido en el artículo 42 de la Constitución Política”.

Igualmente recuerda que en la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Teherán del 22 de abril al 13 de mayo de 1968, se reconoció como derecho fundamental de los padres el de “determinar libremente el número de hijos y los intervalos entre los nacimientos”⁴⁶, el cual fue ratificado en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo que se llevó a cabo del 5 al 13 de septiembre de 1994 en El Cairo, en el que se sostuvo que los derechos reproductivos “se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos”⁴⁷, y en el que incluso se estableció el “derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los

⁴⁴ Sentencia de 8 de noviembre de 2007. Radicación 27388.

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ Véase www.reproductiverights.com

⁴⁷ Programa de Acción de la CIPD, capítulo VII

partos sin riesgo”⁴⁸.

Adicionalmente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha entendido que, en virtud del derecho al libre desarrollo de la personalidad, todo individuo tiene autonomía para tomar decisiones relativas a su salud y, en consecuencia, prevalece la voluntad de éste por encima del interés del Estado y la sociedad de salvaguardar la salud de los asociados. Por ejemplo, en la conocida sentencia C-355 de 2006, que declaró exequible el artículo 122 de la ley 599 de 2000 (en el entendido de que no se configura la conducta punible de *aborto* en el caso de que, entre otras circunstancias, la interrupción del embarazo se produzca cuando la continuación del mismo constituye peligro para la vida o salud de la mujer), el Tribunal Constitucional precisó que igual “*ésta puede decidir continuar con su embarazo y tal decisión tiene amplio respaldo constitucional*”⁴⁹.

Es decir, la acción de concebir e intentar tener un hijo en un embarazo de alto riesgo es, en la actualidad, tan permitida en el ordenamiento jurídico colombiano como la decisión de interrumpir el embarazo por esa misma causa. E incluso, en el presente caso, la opción más aconsejable que tenían los padres para que no se les iniciara proceso penal alguno por el delito de *aborto* era, a pesar de un posible estado de necesidad, la de querer el nacimiento de la criatura, como quiera que los hechos ocurrieron en vigencia del artículo 343 del decreto ley 100 de 1980, que (al igual que el artículo 122 de la ley 599 de 2000 antes de que fuera condicionado por la Corte Constitucional) privilegiaba la protección del *nasciturus* por encima de la vida y la salud de la madre.

Para el caso, resulta inaceptable el argumento del demandante cuando sostuvo que, para el momento en que la paciente ingresó por primera vez al Hospital el 10 de julio de 1997, la creación del riesgo no permitido ya se había concretado con el comportamiento de los padres desde el inicio de la gestación.

Aun en el evento de considerar la posible configuración de una acción a propio riesgo o de una auto-puesta en peligro dolosa por parte de la víctima al haber decidido quedar en estado de embarazo a pesar de los antecedentes de salud que presentaba, tal situación de ninguna manera excluiría la imputación en cabeza de los médicos culpados, pues cada uno de ellos asumió de manera autónoma una posición de garante en relación con la vida e integridad física de la madre y del neonato.

Al contrario de lo sostenido por el defensor, falta igualmente la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado en el comportamiento del esposo y padre de los fallecidos cuando decidió llevarlos a que fueran atendidos inicialmente en el Hospital del caso.

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-355 de 2006

Al valorar esta situación desde una perspectiva *ex ante*, se encuentra que una persona inteligente situada en la posición del padre, incluso con las capacidades y características de un hombre prudente y diligente, no habría emprendido acción alguna distinta a la por él realizada, ya que no sólo no le era exigible conocer que el Hospital del caso carecía de la infraestructura necesaria para atender con el cuidado debido el embarazo de alto riesgo de su mujer, sino que además era, de acuerdo con la información suministrada por la ARS, la institución hospitalaria a la que éstos podían acudir para efectos de que se les garantizase el derecho de atención en salud, tal como él mismo lo narró bajo la gravedad del juramento durante la audiencia pública⁵⁰.

Por el contrario, la provocación del riesgo no permitido sí les resulta achacable en el presente asunto a los médicos en cuestión.

Es preciso recordar que las reglas del arte médico, que se encuentran consagradas en nuestro ordenamiento jurídico en la ley 23 de 1981, establecen que “el médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados”, en el artículo 15 de la mencionada ley, y que el primero tiene la obligación de informarle al segundo acerca de las posibilidades de reacciones adversas que se puedan producir con ocasión del tratamiento brindado, según el artículo 16 de la precitada norma.

De lo anterior se colige que el médico ostenta una posición de garante, que se materializa en deberes de protección e información, respecto de las personas que tenga a su cargo.

Por otra parte, este deber de cuidado para este caso radica, de acuerdo con el material probatorio, para el caso la conclusión del Instituto Nacional de Medicina Legal que fue acogida por las instancias, en que una persona con diagnóstico de placenta previa como la madre fallecida debía considerarse en embarazo de alto riesgo y, por lo tanto, tenía que ser atendida en un centro asistencial de tercer nivel⁵¹, y no en uno de segundo nivel como el Hospital del caso.

Así las cosas, cuando a causa de su delicado estado de salud la madre ingresó por primera vez al Hospital el 10 de julio de 1997 y fue atendida por el primer médico, tal como se observó en la prueba documental estudiada en las diferentes instancias (historia clínica correspondiente)⁵², éste, al adquirir la condición de MÉDICO TRATANTE de aquélla, no sólo se convirtió en GARANTE de la vida de la paciente y del hijo que estaba por nacer, sino que además tenía la obligación de prescribir, desde ese instante, su traslado a un centro de salud que tuviera la capacidad de manejar el embarazo de alto riesgo que él reconoció que presentaba, ya que ese mismo día anotó en la historia clínica que tenía

⁵⁰ Sentencia de 8 de noviembre de 2007. Radicación 27388.

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² *Ibíd.*

“antecedente de placenta previa por ecografía”⁵³.

Es decir, examinando la acción desde un punto de vista *ex ante*, la Sala observó que una persona inteligente situada en la posición del procesado, con los conocimientos y títulos que ostentaba como profesional de la medicina⁵⁴, tenía que saber que un embarazo con placenta previa como el que presentaba la paciente era de alto riesgo y debía ser tratado en una institución hospitalaria de superior nivel.

Por lo tanto, lo que hizo fue crear un riesgo no permitido al dejar que la paciente permaneciera bajo observación en el Hospital hasta el 12 de julio siguiente y al no informarle del peligro que ello representaba.

Por su parte, el segundo médico, de acuerdo con una valoración *ex ante* y teniendo en cuenta sus conocimientos especiales en la rama de la medicina⁵⁵, “elevó el riesgo creado” al autorizar el 17 de julio de 1997 el reingreso de la paciente con los antecedentes de placenta previa que padecía y al examinarla ese mismo día, tal como se apreció en la historia clínica en las distintas instancias⁵⁶, con lo cual adquirió para esa específica ocasión la condición de médico tratante y, por lo tanto, de garante tanto de la hoy fallecida como del *nasciturus*, más allá de su calidad de director general de la institución hospitalaria.

En otras palabras, desde cuando observó los antecedentes clínicos que presentaba Inés Patricia Amaya Guiza, el segundo galeno adquirió el deber de realizar las gestiones necesarias para obtener el traslado de la paciente a una institución hospitalaria de nivel tres, o bien de informarle acerca de los riesgos que se generaban para la vida y salud tanto de ella como del hijo que estaba por nacer en el evento de que siguieran en el Hospital del caso, pero lo que en cambio hizo fue disponer que ésta continuara bajo la atención y el cuidado de los médicos de la institución que dirigía.

Tal riesgo se incrementó todavía más cuando el segundo médico tratante corroboró en diligencia de indagatoria que el día en que examinó a la paciente le realizó un tacto vaginal⁵⁷, acción que, según el Instituto Nacional de Medicina Legal, “no se aconseja practicar [...] por el peligro de desencadenar una hemorragia profusa e incontrolable que puede poner en peligro la vida materna y fetal”⁵⁸.

Finalmente, el peligro de afectación al bien jurídico de la vida se intensificó con el

⁵³ Ibíd.

⁵⁴ Ibíd.

⁵⁵ Ibíd.

⁵⁶ Ibíd.

⁵⁷ Ibíd.

⁵⁸ Ibíd.

comportamiento del primer médico, quien según la historia clínica estuvo atendiendo a la paciente los días 18, 19, 20 y 21 de julio de 1997⁵⁹ y sólo hasta el último día ordenó con su puño y letra la “*remisión a centro de más complejidad*”⁶⁰.

Así las cosas, no corresponde a la realidad que el comportamiento del segundo doctor se limitó en el presente caso a brindarle a la paciente una cama mientras el médico encargado de examinarla decidía lo pertinente, ni tampoco es cierto que desde el 17 de julio de 1997 intentó el traslado de la paciente a un centro hospitalario de nivel tres, tal como lo adujo el defensor en la demanda.

Así mismo, en el caso no hay lugar a reconocer la aplicación de principio de confianza alguno, toda vez que no se puede predicar en el caso concreto una cooperación con división de trabajo en la que el director del hospital le delegara todas las funciones relativas al cuidado de la paciente al primer doctor, pues, se reitera, el segundo doctor recibió y examinó como médico tratante a madre el 10 de julio de 1997, por lo que él también vulneró los deberes de cuidado e información señalados en precedencia.

No se trata de que el riesgo no permitido le sea achacable a la empresa encargada del Fondo, pues si bien esta entidad tenía la obligación como ARS de conseguir una institución hospitalaria de nivel tres en la que se pudiera atender en forma debida el embarazo de alto riesgo que presentaba la paciente, tal deber sólo podría haber surgido después del 21 de julio de 1997, cuando el primer médico dispuso un traslado que jamás se hizo efectivo, pues como bien lo relató el esposo, ante la gravedad de la situación y la recomendación de los médicos, decidió pasar por alto los trámites burocráticos y, valiéndose de sus propios medios, llevó a su esposa el 22 de julio al Hospital de tercer nivel con el fin de que fuera atendida de urgencias⁶¹.

De ahí que tanto la actuación que debía emprender la ARS como la reacción tardía de los médicos en aras de obtener el traslado de la paciente fueron en últimas irrelevantes, en la medida en que carecieron de repercusión alguna y que el riesgo desaprobado ya había sido creado y elevado de manera trascendente por el comportamiento de los procesados que, como se dijo, desconocieron las reglas del arte médico.

Por último, el riesgo atribuible a cada uno de los profesionales de la salud se realizó en los resultados de muerte a la postre suscitados, ya que en la actuación de los médicos del Hospital de tercer nivel, tal como lo advirtió el Instituto Nacional de Medicina Legal⁶², no se aprecia irregularidad o desconocimiento alguno de la *lex*

⁵⁹ Ibíd.

⁶⁰ Ibíd.

⁶¹ Ibíd.

⁶² Ibíd.

artis que rompiera el nexo de determinación entre el peligro provocado y las lesiones al bien jurídico al final producidas, teniendo en cuenta todas las circunstancias que se conocieron *ex post*.

En consecuencia, como a los médicos que atendieron a la paciente en el Hospital de Segundo nivel les son imputables desde un punto de vista objetivo los resultados típicos causados en contra de la paciente y de su hijo menor, no hay duda de que obraron de manera imprudente en este caso.

5. CONCLUSIONES

La Corte Constitucional a través de rasgos generales ha estimado que la Responsabilidad Penal de los Imputables se presenta cuando judicialmente se establece que por parte de los galenos se ha cometido un hecho punible, típico, antijurídico y culpable y que por lo tanto ocasiona la aplicación de una sanción.

El deber del Estado de proteger la vida debe ser entonces compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Por ello la Corte considera que frente a los enfermos terminales que experimentan intensos sufrimientos, este deber estatal cede frente al consentimiento informado del paciente que desea morir en forma digna.

El Estado no puede oponerse a la decisión del individuo que no desea seguir viviendo y que solicita le ayuden a morir, cuando sufre una enfermedad terminal que le produce dolores insoportables, incompatibles con su idea de dignidad.

El consentimiento del sujeto pasivo debe ser libre, manifestado inequívocamente por una persona con capacidad de comprender la situación en que se encuentra. Es decir, el consentimiento implica que la persona posee información seria y fiable acerca de su enfermedad y de las opciones terapéuticas y su pronóstico, y cuenta con la capacidad intelectual suficiente para tomar la decisión.

La exigencia de la responsabilidad del profesional debe apreciarse como un mecanismo sano y de mejoramiento del ejercicio, pues la excelencia en los servicios profesionales debe ser la aspiración de toda la sociedad.

Actualmente en Colombia se considera a la actividad médica como una relación jurídica compleja, indicando con esto que ya no se deberá circunscribir a una simple obligación de medio, sino que para derivar la responsabilidad a cargo de los médicos se tendrá que analizar los procedimientos realizados de una manera integral y no aislada.

El galeno de forma genérica, cuando causa un daño antijurídico a un particular, bien sea por impericia, imprudencia, negligencia o violación del reglamento, deslegitima al Estado ya que transgrede uno de los fines cruciales del mismo, preceptuados en el art. 2 de la Carta Política. Así mismo, el art. 95 del Estatuto Superior nos consagra tal responsabilidad al establecer que el ejercicio de las libertades y derechos implican responsabilidades que deben ser cumplidas por toda persona, conforme a la Constitución y las leyes, respetando los derechos ajenos y no abusando de los propios. También hay que tener en cuenta que si el profesional de la medicina es funcionario público desdibujaría la función administrativa consagrada en el artículo 209 constitucional.

Desde el aspecto administrativo la responsabilidad médica se refiere a la condena del ente al cual el médico presta sus servicios, a través de la acción de Reparación Directa y en este asunto vale remitirse al Capítulo de Mecanismos Procesales donde se podrá ejercitar la Acción de Repetición por parte del Estado contra el galeno y que se tendrán dos años para demandar a partir del pago total de la condena que haya sido impuesta.

El acontecer impropio con que actúe un profesional de la medicina es de por sí penalmente complejo, ya que la persona que preste un servicio médico puede adecuarse a conductas típicas, antijurídicas y culpables sancionadas con una pena, como sería las que regula nuestro Código Penal. Estas conductas antijurídicas son las que de manera general podemos citar como ejemplo de las posibles actuaciones típicas en que puede incurrir un médico sino ejerce dentro de los parámetros de la ética, la moral y la legalidad.

La ética médica deja de lado su responsabilidad moral y se convierte en jurídica cuando el comportamiento del profesional llega a ser examinado por el tribunal del Estado. Por tanto, el análisis de la responsabilidad médica es de sumo interés por comprometer los valores de la vida y la integridad personal, que son especialmente apreciados por el Estado y por toda la comunidad.

Frente a una posible conducta culposa, el juez, en primer lugar, debe valorar si el profesional de la salud creó un riesgo jurídicamente desaprobado desde una perspectiva *ex ante*, es decir, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente situado en la posición del autor, a lo que habrá de sumársele los conocimientos especiales de este último, el hecho sería o no adecuado para producir el resultado típico.

Para constatar la realización imprudente de un tipo por parte de los galenos no se precisa de criterios que se extiendan más allá de la teoría de la imputación objetiva

Una vez apreciadas las implicaciones por la mala práctica médica, debemos apreciar también los casos en los que los médicos se encuentran expuestos como son la ocultación de enfermedades transmisibles, la ocultación de datos familiares ó situaciones congénitas para la elaboración de diagnósticos, la violación del secreto médico, y los daños derivados de máquinas terapéuticas.

Las instituciones de salud deberán aumentar sus costos por el afán de protección profesional que tendrá que ampararse en una serie de exámenes complementarios que confirme las impresiones clínicas y se constituyan, en “detectores de diagnósticos” para evitar ulteriores quejas.

6. RECOMENDACIONES

La presente investigación no ata al lector a buscar el entendimiento de la responsabilidad penal resultante de la mala práctica médica, la imprudencia o la negligencia por parte del galeno, sin dejar de observar las condiciones generales de la prestación del servicio desde las mismas instituciones de salud y las directrices estatales.

Es muy importante tener en cuenta que en el caso de una decisión judicial sobre el tema, el papel crucial lo juega no solo el resultado desfavorable al bien jurídico tutelado en sí mismo, sino el estudio profundo del material probatorio documental y testimonial que refiera la prestación del servicio y todos los procedimientos de la práctica médica causantes del hecho punible.

BIBLIOGRAFÍA

ARANDA CAMACHO Carlos Andrés; Regímenes de la responsabilidad médica del estado con fundamento en el principio de confianza legítima y el error inexcusable. Bogotá: Universidad Santo Tomas de Aquino.

BERNATE OCHOA, Francisco. Responsabilidad penal médica, Edición 2008, Prolegómos. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

CARRARA, Francesco, Programa de derecho criminal I. Bogotá: Temis, 1996.

CONGRESO DE COLOMBIA. Decreto 3380 de 1981.

_____. Decreto 800 de Mayo 21 de 1992. Medicina Prepagada.

_____. Ley 100 de 1993.

_____. Ley 23 de 1981. Código de Ética Médica.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Colombia. Sentencia de Octubre 21 de 1994. M.P. Cesar Uribe.

_____. Sala de Casación Penal, Colombia. Sentencia de Febrero 14 de 1992 M.P. Carlos Betancourth Jaramillo.

GAFO, Javier. Dilema éticos de la medicina actual. Madrid: publicaciones de la Universidad Pontificia comillas, 1986.

GRANDA MARÍN, Alberto. Asamblea Nacional Constituyente y Constitución Política de 1991. Medellín: Universidad de Antioquia, 1991.

GUZMAN MORA, Fernando, La práctica de la medicina y la ley, Biblioteca Jurídica. Edición 1999.

JAKOBS, Günther, Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. La imputación objetiva en derecho penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2004.

MOLINA ARRUBLA Carlos, Responsabilidad penal en el ejercicio de la actividad médica. Edición 1998.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, Antijuridicidad penal y sistema de delito, J. M. Bosch, Barcelona: s.n. 2001.

PIZARRO W. Carlos. Responsabilidad profesional médica: diagnóstico y perspectivas. Chile : Revista médica v.136 n.4, Santiago abr. 2008.

RIVADENEIRA BERMUDEZ, Rosember Emilio. Manual de derecho probatorio administrativo, Edición 2008, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

REYES ECHANDÍA, Alfonso, Derecho penal. Parte general, Bogotá: Temis, 1987.

ROXIN, Claus, Derecho penal. Parte general. Tomo i. fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997.

RUIZ, Wilson. Responsabilidad médica en Colombia. Cali: Universidad Javeriana. 2007.

SCARE, Revista Médica, 1992 a 2002.

SUAREZ Helmimut E. Providencias, Ediciones, Doctrina y ley, Santafé de Bogotá: s.n. 1995.

TAMAYO JARAMILLO Javier, Sobre la prueba de la culpa médica. Santa fé de Bogotá: Biblioteca jurídica, 1998.

VELÁSQUEZ GIL, Catalina; VELÁSQUEZ GÓMEZ, Iván. Responsabilidad contractual y extracontractual del estado, Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Primer Semestre de 2006, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

VIDAL PERDOMO, Jaime y otros. Temas de derecho administrativo contemporáneo. Artículo: El título jurídico de imputación en la responsabilidad estatal. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario. 2005.

WELZEL, Hans, Derecho penal alemán. Parte general. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970.