

APTITUDES DEL JUEZ PENAL: GARANTIA DE LOS DERECHOS DEL MEDICO EN PROCESOS DE RESPONSABILIDAD MEDICA.

APTITUDES OF THE CRIMINAL JUDGE: GUARANTEE OF THE PHYSICIAN IN PROCEDURES OF MEDICAL LIABILITY.

Erick Vargas Zarate¹

Ramith Osorio Peña²

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo poner en el marco de la reflexión jurídica el régimen de responsabilidad penal aplicada al galeno en la práctica médica, teniendo en cuenta que bajo esta actividad se aplica la *lex artis*, que es la determinada para los procesos médicos bajo un nivel estricto de corrección; el punto de interés reside en que esto no es suficiente cuando el operador, es decir, el juez que determinara la sanción para una mala práctica médica no cuenta con un conocimiento especializado para realizar un examen probatorio exhaustivo que garantice los derechos procesales del mismo, máxime en situaciones donde el acervo probatorio enmarca contradicciones desde un nivel de aceptabilidad igualmente válido.

Esta problemática a consideración de lo que se presentará en el artículo nos impone responder a la cuestión de la existencia de vulneraciones a las garantías en el proceso penal desde los baches que puedan existir dentro de este régimen especial respecto a las aptitudes del juez. Lo anterior se hará desde el análisis del proceso penal, el régimen de responsabilidad médica, la jurisprudencia y las respuestas que se han encontrado en instancias internacionales.

Palabras claves

Responsabilidad Médica - Lex Artis - Examen Probatorio - Proceso Penal - Juez -

Abstract

¹ Enfermero, Abogado, Estudiante de especialización en Derecho Medico universidad del Sinú Cartagena, erickfrankvz@hotmail.com

² Abogado, Estudiante de especialización en Derecho Medico universidad del Sinú Cartagena, raospe72@hotmail.com

The purpose of this paper is to put into the framework of legal reflection, the criminal liability regime applied to the physician in medical practice, taking into account that under this activity the Lex Artis is applied, which is determined for medical processes under a strict level of correction; The point of interest is that this is not enough when the operator, that is, the judge who determines the sanction for medical malpractice, does not have specialized knowledge to carry out an exhaustive probative examination that guarantees the rights of the accused, especially in situations where the acquis Evidence frames contradictions from an equally valid level of acceptability. The problem that will be developed in the article requires us to answer the question of the existence of violations of the guarantees in the criminal process from the potholes that may exist within this special regime with respect to the skills of the judge. The above will be done from the analysis of the criminal process, the medical liability regime, the jurisprudence and the answers that have been found in international instances.

Keywords

Medical Liability - Lex Artis – Probation - Criminal Trial - Judge -

Introducción

A lo largo de los años, el debate en torno al establecimiento de la responsabilidad médica en el marco del proceso penal se ha establecido como una de las más relevantes discusiones a nivel jurídico dentro del contexto colombiano dada la necesidad de determinar el sistema de responsabilidad correspondiente que en el caso de un médico genera un daño en ejercicio de su profesión.

La jurisprudencia nacional se ha encargado de decantar esta temática para el caso específicamente, al valerse de la aplicación de la teoría del riesgo permitido, conforme a la cual le corresponde al galeno actuar con el cuidado necesario para evitar la creación o el aumento de un riesgo innecesario, que sobrepase al admitido en la práctica médica, y la consecuente realización de un daño que se desprenda de esa fuente de riesgo, sobre la cual el medico asuma posición de garante.

Conforme a lo anterior, en la práctica se ha establecido que una vez el diagnóstico o tratamiento es realizado, recae en el profesional el deber de velar por la mejoría de la condición del paciente hasta el límite impuesto por la Lex Artis de la patología en sí misma, en términos del compromiso adoptado potestativamente. Sin embargo, legalmente se ha establecido una limitación de responsabilidad, aplicable en los casos cuyo resultado desfavorable se torna de difícil o imposible de prever dentro del ámbito de la praxis médica al prescribir o efectuar un procedimiento o tratamiento.

Por consiguiente, dentro de este tipo de proceso se torna como requisito acudir los parámetros brindados por la Lex Artis (ley del arte), la cual se estatuye como un criterio valorativo de la corrección de un acto médico concreto. De esta forma, dentro de los procesos de determinación de responsabilidad médica, se adopta la Lex Artis para realizar un contraste con el método o técnica aplicado en el caso concreto por el Galeno, que permita concluir si este cumplió con la expectativa de recuperación planteada al comienzo, manteniendo a salvo el bien jurídico objeto de protección; que, entre otras cosas, se concreta en la idea de si se superó o no el riesgo permitido.

La cuestión en este sentido radica en que la mayor parte de los casos el juez natural no detenta los conocimientos técnicos suficientes para entender a cabalidad el objeto de decisión, lo cual conlleva que, al presentarse casos complejos, como lo es una opinión dividida de los pares médicos, exista la posibilidad de desconocer las garantías legales, procesales y constitucionales del Galeno con la decisión. De ahí, se hace pertinente preguntarse ¿De qué manera la falta de experticia del juez natural vulnera las garantías del procesado en el marco de la determinación de la responsabilidad médica dentro de los procesos penales?

A partir de este problema es que se fundamenta el presente artículo, en el cual se busca establecer las consecuencias que tiene el sujeto del proceso cuando el juez natural con su conocimiento no le es suficiente tomar una decisión debido a la complejidad de un caso que incluso resulta confuso con los dictámenes o conceptos profesionales. Muestra de esta situación, se ha presentado en distintas jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia, en la que se reconoce las limitaciones conceptuales a los que se ven expuestos y las decisiones erróneas consecuencia de ello. No obstante a esto, no se presenta una solución efectiva a esta problemática, más allá del uso de las estructuras básicas de razonamiento para determinar los

elementos que constituyen la responsabilidad penal desde el enfoque de la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad; obviando que este problema puede constituir riesgos a las garantías procesales y constitucionales de los servidores de la salud que ejercen una actividad con condiciones especiales y que no se acoge a la mayoría de los casos de los que tiene competencia la jurisdicción ordinaria.

Con la anterior exposición del problema, lo que se busca es analizar cómo afecta esta situación a los servidores de la salud resulta imperativo para generar razonamientos que sean pertinentes a la problemática que se ve constantemente en una situación de complejidad en distintas jurisprudencias y que no tienen una solución estructural que conlleven a evitar una contradicción entre las mismas decisiones judiciales, evitando errores tanto de hecho como de derecho. Sin embargo, esto solo puede alcanzar una comprensión holística desde objetivos más específicos como lo es determinar las falencias en el proceso probatorio que puede generar la falta de experticia del juez en procesos penales por responsabilidad penal y sus consecuencias desde la doctrina y jurisprudencia, y evaluar posibles estrategias que permitan generar condiciones de un examen probatorio acorde a la complejidad de casos por responsabilidad médica desde experiencias internacionales que aseguren las garantías del procesado.

Es por lo anterior que la reflexión del debate expuesto se desarrollará desde la comprensión del plano general penal que puede ser aplicado al personal médico, analizado desde las peculiaridades de la *lex artis* y su determinación dentro de la imputación objetiva desde los tipos penales en los que puede incurrir el sujeto activo cualificado, para posteriormente analizar la jurisprudencia como antecedentes desde la evaluación de sus debilidades y las posturas internacionales que permitan reflexionar sobre vías de solución.

Metodología

Este artículo es de corte jurídico con un enfoque cualitativo. Guiará el análisis del desarrollo de los distintos planteamientos que se generen a partir de la pregunta problema esbozada desde la idoneidad del juez en la determinación de responsabilidad médica en procesos penales y su afectación a las garantías del procesado. El enfoque cualitativo se hace pertinente porque se evalúa un fenómeno o situación que genera problemas desde la hipótesis inicial basados en una propuesta analítica de inferencia, en la que se recogerá la fuente legal desde el proceso penal y los procesos de responsabilidad médica, así como la presentación de casos obtenidos desde la jurisprudencia. Lo que se busca es la descripción y generación de estrategias que den una respuesta a lo indicado desde un proceso inductivo en donde exista una interacción de una información pertinente en el artículo y el investigador como promotor del proceso de análisis.

La información en este caso será recolectada desde una revisión bibliográfica en busca de unas fuentes secundarias. Para el caso concreto, se utilizará la jurisprudencia, doctrina y marco legal pertinente que den una respuesta a la pregunta problema desde el análisis del proceso y las calidades del juez en la responsabilidad médica.

Los procedimientos por utilizar consistirán en la organización a través de fichas bibliográficas, utilización de bases de datos, estudio de casos que permitan generar un panorama de contexto, categorías a evaluar y comparaciones que responde al segundo objetivo específico para plantear recomendaciones a lo analizado desde la organización del material bibliográfico.

1. Sistema de responsabilidad penal colombiano

La determinación del sistema de responsabilidad aplicable al caso de daños generados por un médico en ejercicio de su profesión ha desencadenado una de las más relevantes discusiones dentro del marco jurídico colombiano. Se ha evidenciado que en las diferentes etapas de este proceso penal, se consagra como una constante la confluencia de opiniones contrapuestas, que en ultimas no permiten la emisión de un dictamen de carácter unánime.

Conforme a lo anterior, se torna como una tarea imprescindible abordar el análisis de la responsabilidad medica partiendo del estudio del sistema de responsabilidad penal

colombiano, en aras de esbozar un panorama general sobre la materia que permita adentrarse a un posterior análisis de su aplicabilidad en los casos específicos dentro de nuestro sistema.

Es de general conocimiento que en nuestro Código penal colombiano (ley 599 de 2000), el primer momento donde se encuentra un esbozo sobre la noción de responsabilidad, es en su artículo noveno el cual define que se entenderá por conducta punible. De forma específica este consagra:

Artículo 9°. Conducta punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado. Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad. (Ley 599 de 2000)

De esta forma, el artículo mencionado da cuenta de la estructura dogmática del delito, en cuanto fija que una conducta humana será de relevancia penal en tanto satisfaga los criterios decantados en la teoría del delito de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Teniendo claro lo anterior, la determinación del conocimiento y voluntariedad de un sujeto en la perpetración de una conducta delictiva adquiere un papel imprescindible en la valoración de esta y su consecuente responsabilidad, puesto que solo a partir de este parámetro se puede efectuar la calificación bajo los estándares del dolo, la culpa o la preterintención.

Siguiendo con las líneas anteriores, se parte por definir el dolo conforme a lo preceptuado en el artículo 22 del código penal, el cual establece que:

Artículo 22. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar. (Ley 599 de 2000)

De esta forma se deduce que sus elementos constitutivos son el conocimiento y la voluntad, siendo conductas que se despliegan voluntariamente y con la consciencia de su antijuricidad por cuanto el agente conoce que los hechos son constitutivos de infracción penal. Frente a este punto, Fernández Carrasquilla (1997) señala que:

Lo que hay que aclarar es que el fin de la voluntad no es solo la representación mental anticipada de un resultado externo de la acción, sino la proposición de un objetivo coloreado por consideraciones o motivaciones de valor y llamado a surtirse en el mundo social y en no pocas ocasiones también en el mundo físico.

Así nos encontramos que esta calificación es aplicable cuando, además, se asume la realización de un comportamiento con el pleno conocimiento de los aspectos facticos de su ejecución, asimilando cabalmente una motivación o finalidad, que permita deducir una comprensión del acto que se ejecuta.

Por su parte, conforme al artículo 23 del CP una conducta se considera culposa cuando “el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”.

Frente a esto, la culpa puede ser establecida como un reproche que efectúa el estado al sujeto que realiza una conducta diferente a la generalmente exigible. Para que se configure, se torna necesario que la conducta sea voluntaria, es decir, que tanto la acción como la omisión ejecutada por el agente pueda ser acuñada a la voluntariedad del ser humano, pero que la consecuencia no sea deseada por el mismo.

Desde el artículo señalado se desprende que existen dos modalidades de culpa: por un lado, una culpa consciente o culpa por acción en la que el resultado pudo haber sido previsto, pero se confió en poder evitarse; por el otro, la culpa inconsciente o culpa por omisión, en la que el que el resultado no ha sido previsto ni ha sido querido.

Por último, la preterintención es definida en el artículo 24 del CP, estableciendo que “la conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente”. De manera práctica se ha establecido que la preterintención implica el advenimiento de un resultado diferente al que se buscaba, pero que termina siendo más grave, por cuanto a pesar de que se actúa dolosamente, el resultado esperado es diferente al que se obtiene, excediendo este último el riesgo de lo previsto.

Teniendo claro lo anterior, se observa que el manejo conceptual de estas categorías se torna como un imperante en la calificación de la conducta delictiva, dado que conforme al

conocimiento y voluntad que le sea comprobable al sujeto en la ejecución del acto analizado, es determinado el nivel de responsabilidad de este y su consecuente sanción punitiva.

1.1 Imputación objetiva

Desde esta teoría se parte de la idea de la existencia y necesidad de determinados riesgos los cuales, en tanto que representan un beneficio para la humanidad, deben ser tolerados y regulados antes que reprimidos (Reyes, 1996), tales como lo son las construcciones, los automotores y la medicina en sí misma.

Bajo esta idea, existen eventos en los cuales, a pesar de haberse generado un resultado típico, el sujeto haya obrado en concordancia a los preceptos legales o los estamentos específicos que rigen la profesión que ejercen, dando como consecuencia un desplazamiento de la imputación objetiva y una atipicidad de la conducta desplegada.

A pesar de las variables que se derivan de las corrientes de Jakobs y Roxin, en los casos de imputación objetiva deben configurarse fundamentalmente dos elementos: por un lado, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y por el otro, la concreción de este en un resultado típico.

De esta manera, la imputación objetiva brinda criterios normativos que permiten determinar si un sujeto ha desplegado una conducta considerada por las normas penales como delictivo, es decir, si se ha adecuado a lo previsto por el tipo penal. Específicamente estos criterios obedecen a las teorías del riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso y autopuesta en peligro. Para los efectos del presente trabajo, a continuación, enfatizaremos en la teoría del riesgo permitido, como ápice estructural de la responsabilidad médica en Colombia.

1.2 Teoría del riesgo permitido

La teoría del riesgo permitido surge en un contexto donde, debido a la infinidad de avances científicos de la época, el legislador se encontraba frente al dilema de prohibir las conductas que posibilitaban la concreción de resultados lesivos, o de habilitarlas, pero bajo regulación normativa que permitiera la reducción de las probabilidades de su concreción.

Bajo esta idea se crea esta figura de tolerancia, donde se “admite la puesta en peligro de bienes jurídicos de terceros, pero bajo la condición de un estricto cumplimiento de los parámetros legales existentes, en aras de salvaguardar la integridad de la población” (Bernate, 2010, p. 312).

En este marco, la teoría acoge la idea de que en los eventos en que un sujeto genere un daño o lesión al bien jurídico de un tercero, pero con ocasión al desarrollo de su actividad dentro del parámetro permitido por el legislador, este no genere la imputación jurídica del comportamiento, sino que se considere como un accidente desprendible de la situación.

De esta forma, en aras de salvaguardar la coherencia y unidad del sistema jurídico, esta figura implica que no se imputa penalmente el comportamiento de quien actúa dentro de los causes legales conforme a la habilitación misma del legislador, sino que de manera directa se da la negación de toda imputación de la conducta que se ejecute dentro del riesgo permitido.

De lo anterior, es fácilmente deducible que esta teoría se encuentra fuertemente marcada por el carácter normativo, en cuanto la determinación de riesgos se da a partir de las fuentes normativas en sí mismas, las cuales por naturaleza son cambiantes y evolucionan diariamente conforme al crecimiento social. Por esta razón, los criterios que generalmente son utilizados para efectos de la delimitación del riesgo permitido son: “la normatividad misma que regula la conducta, la Lex Artis (de ser aplicable), la jurisprudencia y, por último, el hombre promedio con condiciones equiparables a las del sujeto que se examina”. (Palazzo, 2005, p. 287).

Frente a la Lex Artis, esta se ha establecido como una consecuencia de la aplicación de las soluciones que la ciencia le ha dado a las problemáticas que en ella misma ha surgido, es decir, “se ha generado como una consecuencia de las reglas que cada ciencia va creando para evitar en lo posible, la trasgresión de los bienes jurídicamente tutelados” (Stratenwerht, 2000, p. 423).

El término Lex Artis proviene del latín que significa ley del arte, o regla de la técnica de actuación de la profesión que se trate. Generalmente ha sido utilizada para referirse a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta o se ajusta o no a lo que debe hacerse. Para efectuar el juicio de imputación objetiva, debe determinarse no solo la infracción de la lex Artis, sino causalidad en el resultado lesivo del paciente, es decir, su resultado. Frente a este punto Bernate Ochoa (2010) realiza las siguientes precisiones:

Primero, la sola infracción a la lex Artis no es por sí misma constitutiva de delito, sino que, además, es necesario verificar que esa infracción a la lex Artis fue la que produjo el resultado lesivo para el bien jurídico, y, aun siendo imputable tanto la conducta como el resultado, ello no conlleva la declaratoria de responsabilidad en cabeza del profesional de la salud, pues en todo caso es posible que concurren causales de justificación o de inculpabilidad que excluyan la responsabilidad del profesional de la salud.

Precisado lo anterior, nos adentraremos en el caso puntual de la responsabilidad medica en Colombia partiendo desde su regulación jurídica para su posterior análisis desde la aplicabilidad en casos de la jurisprudencia nacional.

1.3 Responsabilidad médica

Para el caso médico, la determinación del título de responsabilidad por el acto juzicable, implica la realización de una ardua labor, debido a que la línea entre el dolo y la culpa se ve ligeramente desdibujada debido a la obligación o deber especial que recae en cabeza del Galeno, de responder por el daño que se le ocasione a un paciente sobre su salud y bienestar.

Por esta razón, la jurisprudencia nacional ha sido quien se encargue de desentrañar esta temática a través de la utilización de la teoría del riesgo permitido, conforme a la cual le corresponde al médico actuar con el cuidado necesario para evitar la creación o el aumento de un riesgo innecesario, que sobrepase el admitido en la práctica médica, y derive en un daño que se desprenda de esa fuente de riesgo.

Conforme a lo anterior, en la práctica se ha establecido que

Desde la realización del diagnóstico o tratamiento, le es exigible al profesional de la salud, la obligación de velar por la curación, mejoría o aminoración de la condición afflictiva de la salud del paciente “hasta el límite de realizar la acción posible indicada en la Lex Artis para cada patología, en los términos estrictos del compromiso arrojado de forma potestativa”. (Corte Constitucional, T-453, 2017)

No obstante, lo anterior, de acuerdo con el decreto 3380 de 1981 el cual reglamenta la ley 23 del mismo año (por la cual se dictan normas en materia de ética médica) “el medico no será responsable por Riesgos, Reacciones o Resultados desfavorables, inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica médica, al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico”.

Por consiguiente, dentro de este tipo de proceso se torna como requisito imprescindible acudir a los parámetros brindados por la Lex Artis (ley del arte), para realizar un contraste con el método o técnica aplicado en el caso concreto por el Galeno, el cual permita concluir si este cumplió o no con la expectativa de recuperación que ha sido planteada desde el comienzo, manteniendo a salvo el bien jurídico objeto de protección, que, entre otras cosas, materializa la idea de si se superó o no el riesgo permitido.

En materia concreta de responsabilidad médica, se ha determinado de manera específica que los componentes de la lex Artis son los siguientes (Roxin, 1997, p. 1001):

- Las leyes
Entre las cuales encontramos la ley 14 de 1962 (la cual define la medicina y establece los criterios para su enseñanza y ejercicio); la Ley 23 de 1981(Código de Ética Médica); el Decreto 3380 de 1981 (Reglamentario de la Ley 23 de 1981, con indicaciones específicas sobre el tratamiento médico); ley 911 de 2004 (enfermería); ley 6 de 1992 (anestesiología), ley 919 de 2004 (componentes humanos), etc.
- Las guías y protocolos de manejo
Cada institución prestadora del servicio de salud expide los protocolos de manejo, en los que consagran la forma como deben ser atendidas las diferentes situaciones que en el mismo se presentan. Estos se clasifican por

especialidades, protocolos por entidad, protocolos unificados, protocolo y guías supletorios frente a la ley, etc.

- La literatura científica

En los casos donde no existe norma aplicable ni protocolos de manejo, se abre campo a que el medico sea guiado “por los contenidos de los escritos de las autoridades científicas sobre la materia, los cuales se encuentran en libros, revistas, foros, etc.” (Bernate, 2010, p.312).

- Baremo

De hacer falta las 3 anteriores, el medico debe comportarse como lo haría un profesional con sus misma experticia y conocimientos y, de esta forma, el operador judicial “debe ponderar la conducta del médico frente a la que hubiera desarrollado otro profesional con las mismas cualidades, experiencia y conocimientos que quien efectivamente desarrolló la conducta que se enjuicia” (Bernate, 2010, p.312)

2. Antecedentes en la jurisprudencia nacional

En torno a la materialización practica de los procesos de responsabilidad médica en el contexto jurídico colombiano, se torna pertinente traer a colación un caso controversial que recientemente abrió el debate sobre la capacidad del juez natural de fallar estos casos, donde el medico ha generado un daño en ejercicio de sus funciones.

A rasgos generales, el caso gira en torno a la condena del médico patólogo José Édgar Duque Echeverry por el delito de lesiones personales culposas. En el año 2007 el mencionado Galeno emitió un informe de patología en el cual reportaba cáncer invasivo en el tejido mamario de la paciente María Teresa Restrepo Cañón, el cual no fue confirmado o descartado por medio de exámenes adicionales. Con fundamento en el dictamen, el médico oncólogo determinó la extirpación total del seno de la paciente, sobre el cual se descubrió posteriormente, que no se trataba de una lesión maligna, sino de una adenosis esclerosante benigna, el cual dejó en evidencia la realización de un procedimiento a todas luces innecesario.

Al observar las diferentes decisiones proferidas a lo largo del proceso, se extrae que el abordaje del caso se dio desde el ámbito de la imputación objetiva, conforme a la teoría del riesgo permitido, pero haciendo observancia al aspecto subjetivo en cuanto al conocimiento del agente de las condiciones y el peligro en sí mismo.

En este punto, la decisión condenatoria es sustentada principalmente por la metodología usada por el patólogo el cual

Tras apreciar la vista del microscopio, aplicar su propia experiencia y considerar los antecedentes familiares de la paciente, se limitó a diagnosticar el carcinoma (...) prescindiendo de la prueba de Inmunohistoquímica, la cual es generalmente utilizada para efectuar la difícil distinción entre el carcinoma y la adenosis esclerosante. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP8759- 2016, 2016)

Por lo anterior, aunque el diagnóstico del médico fue contundente y justificado, este faltó al deber objetivo de cuidado por no requerir estudios diferenciales adicionales. De esta forma, el eje central del debate se ciñe a la obligatoriedad de la realización del examen de inmunohistoquímica para la realización del dictamen, conforme a la Lex Artis de la profesión, en aras de determinar si este cumplió con lo requerido por la práctica médica o si por el contrario incurrió en la trasgresión.

Para esto, la corte suprema de justicia señala que el operador judicial debe valerse de los protocolos médicos aplicables, que, para el caso concreto, se dividieron en posiciones contrapuestas de conceptos que apoyaban y no, la obligatoriedad de la realización del consabido examen. En este punto donde se tornaba imposible la afirmación categórica de una verdad por encima de otra, el conflicto se apartó de la cantidad de médicos que se inclinaba por una u otra práctica científica y se dejó a arbitrio del juez la determinación de prevalencia de una posición sobre otra.

Sobre esta posición surgió el debate en diferentes espacios, en torno a la idoneidad del juez para determinar si la práctica médica correspondió o no a la Lex Artis, frente a lo cual la Academia Nacional de medicina de Colombia emitió un comunicado manifestando su inconformidad con la decisión adoptada por la Corte, señalando que se hizo una indebida valoración de los hechos objeto de debate y cuestionando la idoneidad de los operadores judiciales para juzgar actos médicos.

De forma específica estableció que

El error diagnóstico, susceptible de ocurrir en el ejercicio de la medicina, no debería ser criminalizado y debería ser juzgado por los mismos profesionales médicos (pares) en los tribunales de ética médica y a la luz de *Lex Artis*. Se deben tener en cuenta siempre las circunstancias en las que se desarrolló el acto médico y se produjo el error; los factores atenuantes y agravantes y que pueden haber incidido en el error; el error mismo, sus consecuencias, las circunstancias de tiempo, modo y lugar; Caracterizar el error y si este trascendió a falta y si esta falta se puede caracterizar como delito y si este delito puede ser tan grave como para considerarse un crimen; es más, es imperativo tener en cuenta las características y antecedentes del médico causante, su entorno profesional, social o laboral, su profesionalismo; su comunidad y el concepto que de él como tal tiene, del ámbito en el que ha vivido y se ha desarrollado como médico, sus antecedentes en el campo médico deontológico. (Medicina, A.N, 2016)

Conforme a lo anterior, se deja abierto el debate en cuanto a la capacidad del juez natural de juzgar actos en el marco del ejercicio de la profesión médica, destacando una posible vulneración de los derechos y garantías del médico procesado, al enfrentarse a un operador que desconoce a todas luces los principios, protocolos y prácticas de la profesión médica; abriéndose la posibilidad de replantear la competencia del mismo para este tipo de casos y el establecimiento de un tribunal especializado para el juzgamiento, que no se limite a la tenencia de conocimientos jurídicos, sino también de preceptos científicos y técnicos que permitan tener precisión conceptual de lo que se está discutiendo como falla o negligencia médica.

3. Responsabilidad penal médica en el derecho comparado.

Pese a no existir casos concretos en que la atención haya sido fijada a las competencias del juez en el campo de la toma de decisiones e incluso se anota que estas mismas situaciones en las cuales se ha tomado la valoración probatoria en la independencia del juez han sido criticadas, sí se ha podido determinar a través de la investigación bibliográfica distintas herramientas que tienen los jueces para tratar de motivar decisiones de manera más concreta.

3.1 Italia

En Italia en el 2012, el sistema de culpabilidad se transforma cuando se crea una ley llamada, Ley Gelli, la cual excluye la responsabilidad penal por culpa leve, es decir, solo se responderá penalmente por dolo o culpa grave, y por culpa leve solo se va a responder guiada bajo los manuales de buenas praxis.

Ley Gelli, en este caso, enfatiza en dos cosas: primero las buenas prácticas, es decir, se establece que hay que identificar cuáles son las buenas prácticas, esto es, se da un listado de las buenas prácticas y unas recomendaciones que deben tener en cuenta los médicos. Y si el médico se aleja, entonces se estima que es imperito, pero si la sigue, entonces es un médico que ha hecho las cosas bien, y solo estaría llamado a responder en caso de culpa grave o dolo. Pero si también se sale de esas buenas prácticas o simplemente de esas recomendaciones, entonces se le puede punir por faltas a la *lex artis*, es decir, estos lineamientos generales identifican las buenas prácticas con la *lex artis*. Esto es fundamental en la ley (Fernandez & Crespo, 2017.)

El gran cambio que se ve en la legislación Italia, es el enfoque en determinar a partir del concepto de buena praxis: ¿Cuál es el procedimiento que un medico debe seguir en determinado caso? Este mecanismo como estandarte de juzgar desde la jurisdicción penal un acto específico, le deja al juez una tarea en la cual, solamente tiene que ponerse en función de ver si hay o no un protocolo a seguir y en el caso de que este no se siguió como se debía empieza un proceso de imputación de responsabilidad penal. Diferente todo esto al caso colombiano, pues como se ha referenciado, existe una libertad probatoria que deja en un estado de confusión al operador judicial al tener distintas opiniones especializadas igual de validas, pero que no encuentran ninguna función en especifica debido a su falta de conocimiento.

El sistema italiano demuestra, aunque un cambio reciente, la voluntad de darle los mecanismos y herramientas al juez para que se guie de determinados procedimientos.

3.2 Argentina

Las soluciones planteadas en el ordenamiento jurídico argentino parte de las mismas dudas del colombiano donde existe una zona gris al momento de juzgar los presupuestos de una intervención. Al referirse esa zona de gris se refiere al grado de dificultad de un procedimiento tanto de los presupuestos como de los límites de las conductas médicas penalmente relevante. () De ahí que el ordenamiento jurídico argentino haya visto como imperativo la exposición de conceptos distintos de responsabilidad, desde la profesional hasta la jurídica, para que de esta manera el juez pueda hacer una síntesis de lo que está evaluando, precisamente ante una ausencia sobre la denominación y clasificación de las causas que generan la responsabilidad médica.

Como podemos ver, el esfuerzo argentino por darle capacidades a su operador judicial al momento de realizar un examen probatorio de un caso médico se basa en una concreción de conceptos generales con el fin de hacer un razonamiento inductivo de cuál debe ser la sanción que puede o no tener un galeno.

3.3 Chile

Chile, tal vez es uno de los países que más preciso responde a la responsabilidad penal médica, y paralelamente le da al juez las herramientas para que de una u otra forma concentre su actividad en la adecuación típica; situación a la que no se ve previsto el juez colombiano, debido a que los elementos penales con los que cuenta para realizar este proceso no cuentan con un sujeto activo específico, que como intentará de explicar las ideas posteriores si es una característica del sistema chileno. (Catalan, 2011)

El código penal de Chile contempla figuras que señala como sujeto activo de un tipo penal a un médico. Dentro de ellos se encuentra la falsedad instrumental que establece como:

El facultativo que librare certificación falsa de enfermedad o lesión con el fin de eximir a una persona de algún servicio público, será castigado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

El segundo delito en el que puede incurrir un médico es en el de violación del secreto profesional, que consiste en haber conocido por razón de su profesión médica los secretos de un particular y los descubriere con perjuicio de éste. El tercero de los delitos en que un médico puede incurrir, es el contemplado en el artículo 313 b), del Código; y que se describe de la siguiente manera:

El que, estando legalmente habilitado para el ejercicio de una profesión médica o auxiliar de ella ofreciere, abusando de la credulidad del público, la prevención o curación de enfermedades o defectos por fórmulas ocultas o sistemas infalibles, será penado con presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales".

A diferencia de los otros países mencionados que de alguna manera dan herramientas de interpretación doctrinal para el proceso de definir la responsabilidad medica del galeno, que claramente de un amplio margen de aplicación a lo que puede o no interpretar el juez; el régimen chileno se torna en cierta medida legalista porque define cuáles son los comportamientos en los que puede incurrir el personal medico lo que resume el dilema en una adecuación típica.

4. El espacio que puede tener los comités de ética medico en la actividad del juez.

Los comités de ética médica nacen en Europa en los años 80' y 90' en Europa, constituyéndose como grupos interdisciplinarios que empezaron a evaluar aspecto mucho mas de lo eminentemente científico en la practica médica. Esto dio paso a la creación de comisiones y comités que pasaron de los meros lugares hospitalarios a vincularse con instancias jurídicas como medio probatorio no vinculante. Para tener una definición precisa, estos comités o comisiones son:

Órganos a los que se puede recurrir ante las múltiples y variadas situaciones éticas, para integrar los distintos aspectos interdisciplinarios, establecer los principios de los que deben derivarse las normas a seguir, y hacer que la bioética no se quede en mera reflexión teórica, sino que llegue a ser una realidad pragmática (2012)

Existen distintos tipos de comité, que se especializan según la función que estos tengan. Hay unos comités de ética asistencial y unos comités de ética de la investigación. Mientras los primeros emiten informes o decisiones para quien lo solicita, ya sea entidades publicas o privadas; los segundos, son los que se enfocan en autorizar y hacer seguimiento de los proyectos de investigación que tienen alguna repercusión en la vida humana.

La importancia de estos comités éticos reside en que, así como el juez hace una valoración, a través de los grupos interdisciplinarios se realiza algo parecido dentro del ámbito ético y científico, que en ultimo sirve como medio de prueba. Este razonamiento se da ante un caso concreto que constituye como una especie de peritaje, que no tendrá la misma trasmutación e inestabilidad de un perito, sino que se convierte en un órgano coadyuvante del órgano judicial, al tener una opinión que ya no sea solo optativa tomar, debe tener un carácter vinculante. Es por lo anterior que el verdadero desafío del juez es reformular el peso de esta prueba y la función de los comités en su ejercicio de razonamiento probatorio.

Manrique Bacca (2003) dice que los comités de bioética pueden servir indirectamente para el proceso judicial aunque no sean un amparo jurídico directo y a pesar de que sus decisiones no sean vinculantes porque se toman como meras recomendaciones deben convertirse en un recurso habitual del proceso porque no solo implica confianza de los médicos frente a los procesos a los cuales se ven vinculados, también de los pacientes que ven en estos comités decisiones fundamentadas y paralelamente un recurso que deja cubierta en cierta medida las incapacidades del juez frente al conocimiento científico, además agrega que esto puede tener otros efectos como :

Genera conciencia en el equipo de salud en lo que respecta al aspecto humano de su atención, se mejora la calidad en la relación médico paciente, y esto siempre se traduce en una baja animadversión contra los médicos o las instituciones y en desestimulo de reclamos jurídicos. Pero además queda un registro de la utilización

de este recurso como prueba del cuidado ético con que se obró frente al paciente.
(Manrique, 2003.)

5. Conclusiones

La labor del juez frente a determinar la responsabilidad penal del galeno, como se ha podido dilucidar, es una tarea compleja que en muchas ocasiones carece de herramientas para generar un proceso que se ajuste a las garantías del procesado. La situación que hace más difícil tratar de establecer una solución, es que no existe una información que trate el tema específico de la afectación a las garantías legales y constitucionales a partir de la falta de idoneidad del juez que determina la responsabilidad medica en los procesos penales, lo que paralelamente, resulta en una falta de guía para casos complejos que permitan dilucidar el deber ser en estas situaciones.

A partir de lo anterior se estableció que la complejidad de los casos está dada por la necesidad de conocimientos complementarios, que por regla general, se encuentran ajenos al operador judicial, lo cual desemboca en una situación de inseguridad a la que se ve expuesto el servidor de salud, al ser objeto de procesos en los que se desconocen las garantías propias que rigen nuestro ordenamiento jurídico colombiano.

Resultado de esta problemática y de la inseguridad jurídica a la cual iba a estar sometido el galeno por la falta de experticia del juez se analizó las posibles respuestas frente a establecer herramientas útiles para que el razonamiento probatorio del juez cumpla con todas las garantías. Lo primero, a partir de esta situación es que no se puede afirmar la tenencia de una respuesta absoluta frente a esta problemática, podemos plantear la necesidad de un cambio fundamental en el ordenamiento jurídico colombiano donde, por un lado, se modifique el tratamiento jurisprudencial frente a las responsabilidades que debe tener el juez y los requisitos que exigen los casos de complejidad médica, a través de litigios estratégicos que permitan las manifestaciones de las altas cartas sobre el problema presentado; Y por el otro, se abonen las condiciones necesarias para los cambios legislativo que probablemente resulten necesarios para garantizar los derechos de los procesados.

En este punto donde la desprotección judicial frente al procesado en los casos de responsabilidad medica es evidente. Al Estado le corresponde la obligación de responder a esta necesidad; y bajo esta idea, se proyecta la consolidación de una crítica completa al sistema, que, aunado al análisis paralelo de otras legislaciones y modelos punitivos, permitan el planteamiento de una propuesta legislativa para regular y guiar al juez, dándole herramientas como la obligatoriedad de los dictámenes de un comité de médico para el juzgamiento de estos casos; alternativa que le deja el proceso de razonamiento probatorio en términos legales para lo cual no tiene experticia, como una tarea regulada por las personas que tienen conocimiento y que evalúan a precisión cada caso.

Sin embargo, la idea de un tribunal especializado implica una serie de análisis que en mucho, trascienden el ámbito jurídico que estamos analizando, en su mayoría, por la viabilidad económica de los mismos. Por lo cual, planteamos como propuesta el cambio en la valoración de los diferentes conceptos expedidos por las colegiaturas y los tribunales de ética médica. Propendemos por la valoración efectuada por un jurista que detente la especialización del derecho médico, más allá de la valoración ordinaria que se le efectúa a los conceptos expedidos por los peritos.

Por otro lado, la gestión desde la base teórica puede ser aplicado en la construcción de un proyecto de reforma a la ley, en lo concerniente a las competencias y calidades que tienen los jueces penales en la determinación de decisiones por responsabilidad médica, además de la proyección de otras medidas como las utilizadas en las experiencias internacionales a evaluar desde la implementación de precisiones legales que remitan a una claridad en los procesos de razonamiento probatorios.

Se debe tener en cuenta que este análisis es una idea preliminar de lo que falta y las dificultades que implica el proceso de determinación de responsabilidad penal, además de hacer referencia a distintos sistemas que pueden ser útiles en nuestro contexto; sin embargo, a lo que se llama es a entender que el juez no es un sujeto especializado para analizar los procedimientos técnicos médicos del galeno, este debe ser apoyado a través de experto que

no pueden consevirse como peritos ni agentes externos porque eso haría mas complejo el proceso debido a la libertad de establecer qué prueba puede pesar más sino, como lo habíamos dicho antes desde una entidad concreta y organizada.

Bibliografía

- Constitución política de Colombia. (1991). Ed. Legis
- Congreso de Colombia. (18 de febrero de 1981) Por el cual se dictan normas en materia de ética médica. [Ley 23 de 1981]. DO: 35.711
- Congreso de Colombia. (31 de agosto de 2004) Código de procedimiento penal. [Ley 906 de 2004]. DO: 45.658
- Congreso de Colombia. (24 de Julio de 2000) Código Penal [Ley 599 de 2000]. DO: 44.097
- Corte Constitucional (14 de julio de 2017) Sentencia T- 453 [M.P: Diana Fajardo Rivera]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (29 de julio de 2016) SP8759-2016. [M.P: José Barceló]
- Medicina, A.N. (2016, noviembre 15) Caso Dr. José Edgar Duque Echeverry: Medicina, 38 (3), 273-274. Recuperado de: <https://revistamedicina.net/ojsanm/index.php/Medicina/article/view/114-7/1382>
- Muñoz, F. (2012). Teoría general del delito (3ª ed.). Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Leal, A. (2014) El debate sobre la responsabilidad legal médica en Colombia. Universidad del Rosario. Recuperado de <http://www.urosario.edu.co/Periodico-Nova-Et-Vetera/Salud/El-debate-sobre-la-responsabilidad-legal-medica-en/>

- Amato, C., Fernández, M., & Castro, M. (2017). “Análisis comparativo de la responsabilidad medica en Italia y en Colombia” Memoria del conversatorio del 31 de agosto de 2017 [E-book]. Bogotá: Politécnico Grancolombiano. Recuperado de <http://repository.poligran.edu.co/bitstream/handle/10823/1112/libro.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

- Catalán, T. (2011). *Responsabilidad penal médica* (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Universidad de Chile. Recuperado de http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/111051/de-Catalan_t.pdf;sequence=1

- Quienes se benefician y como se estructuran los comités de ética asistencial. (2012) Revista Med Hondur. Vol. 80. No. 3. Recuperado de: <http://www.bvs.hn/RMH/pdf/2012/pdf/Vol80-3-2012-10.pdf>

- Manrique, J. (2003) Generalidades de los Comités de Bioética y su utilidad como medio probatorio en los procesos judiciales y éticos. Recuperado de: <http://www.sati.org.ar/files/bioetica/comiteseticarespons.pdf>