

R

RESPONSABILIDAD PENAL DEL EQUIPO MÉDICO

Jaime Lombana Villalba

El presente artículo hará parte de una monografía que pronto publicaré, sobre el ámbito de la responsabilidad penal del equipo médico.

Una sector de la doctrina¹, parte de la base de que las relaciones entre el derecho y la medicina son óptimas por razones sociológicas e históricas, sustentando esa buena relación desde el propio origen de las Universidades en la Baja Edad Media pues las facultades que existían eran Teología, Derecho y Medicina. También parte ese sector Doctrinal de Descartes quien se refiere a la jurisprudencia y a la medicina como estudios clásicos que proporcionan "hombres y riquezas a quienes los cultivan"².

De otro lado las estadísticas extranjeras y nacionales demuestran un incremento desmesurado en procesos jurídicos penales contra médicos, lo que indica que la relación actual no es tan buena como se planteaba tradicionalmente; en Francia los casos dirigidos contra médicos en la jurisdicción penal aumenta en un 15%³ cada año, siendo el sector de la medicina mas afectado con este fenómeno de incremento en las denuncias, el de los anestesiólogos, y en nuestro país cada vez es mas frecuente encontrar a médicos procesados por supuestos errores en el ejercicio de su profesión.

Creo que la medicina ha tenido un enfrentamiento tradicional con el mundo jurídico, pues existe una mutua desconfianza, en nuestro concepto debido a varias causas, resaltando que ambas profesiones están revestidas de grandes egos, que determinan el que juristas y médicos se miren con recelo y mutuos cuestionamientos en el desempeño de sus roles funcionales y de la naturaleza y ejercicio de sus profesiones.

¹ PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Angel. La intervención jurídica de la actividad médica, Dykinson 1997, p 13 y ss.

² DESCARTES Rene, El discurso del método, Traducción de Eduardo Bello Reguera, Tecnos, madrid, P9.

³ AKIDA, Mons La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence, LGDJ, 1994, P2.

Los juristas, encargados de proteger los valores personales contra todo atentado o lesión de un bien jurídicamente protegido, y en el caso de los penalistas con mayor razón, sustentados precisamente en el principio de última ratio, es decir, sintiendo con convicción que su ocupación es precisamente el desempeño del escenario de mayor control social.

La jurisdicción penal con frecuencia desconfía del principio médico de libertad terapéutica o de libertad de método científico, encontrando en ocasiones que esta autonomía científica se puede convertir en la generación de lagunas de punibilidad, al no poderse precisar un criterio axiológico del nivel de riesgo médico aceptado por el *lex artis*.

El médico, por su parte, se siente asimilado a un delincuente, y comprende mal que su responsabilidad pueda llevarlo a enfrentar la justicia criminal, y sentarse en el mismo banquillo de un violador, estafador o asesino⁴.

También resultan opuestos los lenguajes técnicos y sofisticados con que mutuamente ambas ciencias desarrollan sus conceptos. La medicina cumple con el arte de curar y luchar contra la muerte y el dolor, y no es menos simple la terminología con que la dogmática jurídico penal⁵ desarrolla toda su Teoría General del Delito, llegando a la conclusión de que el médico a quien se le investiga, si su conducta se enmarca dentro de un juicio de causalidad más imputación objetiva⁶, debe defenderse con todos los elementos doctrinales y científicos necesarios, pero asegurándose que los demás sujetos procesales entiendan su vocabulario y sus métodos científicos. De lo contrario al ser muy sofisticadas sus explicaciones, o si no logra hacerse entender, probablemente se interpretará esa postura, como una pretensión de ocultar su imprudencia y responsabilidad, aprovechándose del desconocimiento de la *lex artis* por parte del fiscal instructor, y del paciente.

Todo lo anterior ha llevado a un aumento desproporcionado de denuncias penales en contra de médicos y colaboradores, muchas de ellas con todo fundamento, y derivadas de errores, imprudencia, negligencia, ambición y otras como consecuencia del dolor que produce la muerte o la enfermedad

⁴ HENNAU-HUBLET, Christiane. L'activité médicale et le droit pénal. Bruylant, Bruselas, 1987, p. 17.

⁵ ROXIN, Claus. DPPG, Civitas, Madrid, 1997, p. 192.

⁶ Art. 9 del C.P. Colombiano.

de un ser querido, y la impotencia humana frente a esos lamentables y siempre presentes fenómenos del cuerpo humano, y en algunos de esos casos la familia olvida el sacrificio ofrecido por el médico en una lucha contra la muerte, en la que se fue derrotado por la complejidad misma del cuerpo humano y el retraso de la ciencia frente a las enfermedades complejas.

También opera como causa de esa frecuencia con que hoy se lleva a los médicos ante la justicia penal, el que el paciente no tiene en el médico una confianza casi confesional, confianza plena con la que obraban nuestros progenitores; es decir, en nuestros tiempos, lo normal es que una vez se escuche un diagnóstico de parte de un galeno, inmediatamente se sale en búsqueda de un segundo o tercer concepto médico, lo que hará que en caso de complicación se dude de lo acertado del tratamiento o de la intervención del médico a quien fácilmente se denunciará.

EL PROBLEMA DE LA CAUSALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD MEDICA:

Se vislumbra entonces un panorama por lo menos difícil, para resolver los conflictos en los enfrentamientos que diariamente se presentan entre el ejercicio de las diferentes ramas de la medicina y el derecho penal, sumada esa dificultad a los problemas de causalidad en la acción y la omisión imprudente a lo que normalmente se refiere el ámbito de la responsabilidad médica, con acciones precedentemente dolosas como cuando el paciente llega herido por arma de fuego y además se comete una imprudencia médica posterior; o en casos de pluralidad de acciones imprudentes, tema del que se ha ocupado la doctrina con profundidad⁷.

Resulta pacífica la doctrina en exigir una seguridad causal en el delito de acción, es decir que en la acción imprudente en materia médica se deberá verificar plenamente la causalidad del resultado que se imputa, lo que en términos del propio GIMBERNAT ésta garantía jurídica "no son *delicatessen* dogmáticas sino que constituyen uno de los orgullos de un Derecho penal democrático que –por muy fundadas que ellas sean– rechaza que se opere con sospechas y exige la seguridad y la certeza"⁸, lo que me lleva a anticipar la postura dogmática correcta de que en el delito imprudente, queda excluida

⁷ GIMBERNAT O. Enrique. Causalidad, omisión e imprudencia, Problemas de la parte General del D.P. Salamanca, 1999, p. 7 y ss.

⁸ GIMBERNAT O. Enrique. Causalidad, omisión e imprudencia, Problemas de la parte General del D.P. Salamanca, 1999, p. 27 y ss.

la responsabilidad penal, cuando el resultado que se imputa se hubiese producido aunque el sujeto se hubiese comportado cumpliendo con el deber objetivo de cuidado, en cuyo caso la conducta carecerá de relevancia jurídico penal, precisamente por no poder ser imputable objetivamente ese resultado.

En consecuencia, la doctrina dominante comparte y aplica la moderna teoría del conocimiento que considera a la causalidad como fenómeno empírico y que obedece a unas leyes establecidas y determinadas, y entiende la causalidad "como predecibilidad o explicabilidad de los acontecimientos sucesivos"⁹.

Luego, el estudio del dogma penal con ROXIN a la cabeza, lleva al reconocimiento indiscutible de que para imputar un delito de acción imprudente, deberá siempre verificarse la teoría de la equivalencia¹⁰, que trabaja los casos con la fórmula de la *condicio sine qua non*, utilizando la abstracción hipotética de la acción para verificar si con dicha supresión mental desaparecería el resultado¹¹.

Se acepta entonces de manera pacífica y rotunda que la Teoría de la equivalencia en los delitos comisivos, la relación nexo causal y resultado es una condición indispensable, "aunque no suficiente"¹², para la determinación de la responsabilidad penal, pues habrá que agregar la imputación al tipo objetivo, lo que en Colombia ya no es una simple postura de la dogmática, sino una exigencia de ley fundada como lo expresamos anteriormente en el Art. 9 del C.P vigente. Lo que en mi concepto constituye el mayor avance garantista y dogmático del código penal vigente, el cual tiene errores múltiples que no son del caso ocuparme en este artículo.

Tampoco pretende el presente trabajo profundizar en todas las variantes del tema de la causalidad, como lo son las causas intermedias imprudentes, o en los casos de causalidades hipotéticas o alternativas. Solo queremos resaltar que en toda esa gran elaboración del mas grande penalista de todos los tiempos el Profesor ROXIN, en su obra se ocupó del análisis detallado

⁹ ROXIN, Claus. DPPG, Civitas, Madrid, 1997, p. 347.

¹⁰ V BURI Maximilian, en 1873 en "Über Causalität..." Cit. por ROXIN en DPPG, Civitas, Madrid, 1997, P. 349.

¹¹ ROXIN, Claus. DPPG, Civitas, Madrid, 1997, p. 347.

¹² ROXIN, Claus. DPPG, Civitas, Madrid, 1997, p. 349.

y profundo de casos sobre los muchos conflictos que puede ofrecer el tema de la causalidad, concluyendo que: Los cursos causales, si son dudosos nunca pueden demostrarse mediante cualesquiera fórmulas, sino siempre a través de métodos científico-naturales exactos (principalmente el experimento); pero cuando la causalidad no es dudosa, la fórmula de la causalidad conforme a las leyes permite reconocerlo claramente y no induce a error al juzgador¹³.

Y es precisamente para corregir los problemas que siempre ofrecerá la causalidad que surge la teoría de la imputación objetiva, advirtiendo que en materia de responsabilidad médica cobra la mayor trascendencia el que verdaderamente el juzgador cumpla en ese juicio de causalidad más imputación objetiva del resultado, con la prognosis objetivo posterior¹⁴, es decir, colocándose en el lugar del médico en las mismas condiciones en que este se encontraba al momento de la intervención, con el mismo nivel de conocimiento, con igual número de posibilidades en el diagnóstico, claro que contando con los conocimientos especiales que detentaba el médico a quien se está investigando penalmente.

Y aún dentro de un trabajo como el presente en el que no pretendo abordar los temas con el rigor de una Tesis Doctoral, no puedo dejar de enunciar algunos de los postulados de la otra gran escuela del Derecho Penal, la Escuela de Bonn liderada por el Profesor GÜNTHER JAKOBS que sin duda alguna parte de puntos de vista sustancialmente distintos a la Escuela del Profesor ROXIN. Para JAKOBS la discusión en materia de conocimientos especiales tiene una relación directa con la expectativa que sobre ese sujeto tenga la sociedad en un determinado sector del tráfico jurídico; la previsibilidad objetiva no desempeña ninguna función que no desempeñe ya el riesgo permitido. Es tan superflua como lo sería un "dolo objetivo". Al injusto de imprudencia (y no sólo a la culpabilidad) pertenece la previsibilidad subjetiva. Así pues, el injusto depende de las capacidades del autor respectivo para evitar la acción porque sus efectos vayan a realizar un tipo. Ejemplo: Si un maestro tejador y su aprendiz arrojan tejas al camino desde el tejado y el maestro tejador puede darse cuenta (no así el aprendiz) de que los fragmentos de las tejas al estrellarse pueden llegar hasta una

¹³ ROXIN, Claus. DPPG, Civitas, Madrid, 1997, p. 361.

¹⁴ ROXIN, Claus. DPPG, Civitas, Madrid, 1997, p. 361.

calle que se encuentra a 20 metros y lesionar transeúntes, obrará imprudentemente el maestro, pero no el aprendiz. Esta individualización corresponde también a la función del Derecho Penal, que no garantiza la expectativa de que todos los hombres estén capacitados por igual, sino sólo la expectativa de motivación al derecho"¹⁵.

Y antes de pasar a ahondar en otros aspectos referentes al juicio de imputación objetiva en el ejercicio de la medicina, debo detenerme en el tema de los conocimientos, para dejar algunas conclusiones en materia de especialidades y conocimientos de los médicos y colaboradores del equipo quirúrgico y clínico, a la hora de hacer juicios de responsabilidad penal imprudente por el tipo de homicidio o de lesiones.

DEBER OBJETIVO DE CUIDADO:

Un sector importante de la doctrina ha definido el deber objetivo de cuidado como "un concepto amplio, variable, dinámico y vinculado a la situación concreta con que se encuentra el facultativo. Los riesgos que el profesional de la sanidad puede asumir dependen en proporción directa de la gravedad de la situación y, aunque las exigencias de cuidado se mantienen en todo caso, el contenido del deber de cuidado estará también en relación directa con los riesgos que entrañe la intervención, es decir, será mayor, por ejemplo, si se aplica una técnica minoritaria, en cuyo caso habrán de extremarse las precauciones ... "¹⁶.

Ese deber objetivo de cuidado necesariamente debe ser valorado en relación con cada caso concreto, mirando los criterios de necesidad y urgencia del acto médico, y a mayor urgencia y necesidad el nivel de exigibilidad del deber objetivo de cuidado será variable, sin rebajar del mínimo exigible al respectivo profesional, respetando los principios de división de funciones y el principio de confianza.

El ejercicio de las distintas ramas de la medicina estarán entonces reguladas por la ciencia médica, su literatura científica, sus escuelas de

¹⁵ JAKOBS, Günther. DPPG, 2 Edición, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 389.

¹⁶ GARCÍA BLÁZQUEZ Manuel, MOLINOS COBO Juan J., Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica, Comares, Granada, 1997, p. 323. Citando igualmente a C. Romeo Casabona.

formación; pero indudablemente la medicina por ser ciencia tendrá un grado de autonomía, que le permitirá al médico apartarse racional y científicamente de los procedimientos o técnicas existentes, siempre y cuando estos resulten inaplicables en un juicio ad hoc del respectivo caso, o cuando el médico vislumbre que ese método resulta insuficiente o ineficaz¹⁷.

EL NIVEL DE CONOCIMIENTO Y EXPERIENCIA DEL MEDICO Y DEL ESPECIALISTA FRENTE AL NIVEL DE RIESGO PERMITIDO EN LA RESPONSABILIDAD PENAL MEDICA:

Resumiendo los planteamientos dogmáticos de parte de las escuelas más prestigiosas del Derecho Penal Alemán y Español desde el estudio de la Parte General, para terminar centrándonos en el objetivo de este trabajo la responsabilidad médica, se encuentra:

En ROXIN y su escuela¹⁸, la imputación al tipo objetivo exige que se constate "la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo"¹⁹, lo que excluye la imputación y por ende la responsabilidad penal cuando falte la creación de un riesgo, y en consecuencia no podrá existir responsabilidad cuando la imputación se hace por haber modificado el autor un curso causal que buscó disminuir un peligro ya existente para la víctima, sin que se haya desbordado del nivel de permisividad del riesgo en el cambio del curso causal²⁰.

El anterior concepto sobre el núcleo de la imputación objetiva que es el nivel de riesgo permitido, equivale a cuando un paciente tiene una enfermedad cardíaca severa, y el médico con el cumplimiento de las reglas del *lex artis* lo interviene quirúrgicamente conociendo el riesgo de que el paciente pudiera no resistir la anestesia, y fallece. A pesar de que el cirujano fue la causa aparente de esa muerte, el desvío causal que se produjo con la anestesia, no puede ser imputado objetivamente por cuanto se buscó una oportunidad de vida ante el riesgo cardíaco inminente que exigía el intentar la operación.

¹⁷ GARCÍA BLÁZQUEZ Manuel, MOLINOS COBO Juan J., Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica, Comares, Granada, 1997, p. 323.

¹⁸ Debemos resaltar que tanto en Alemania como en España son numerosos los discípulos que siguen los trazados dogmáticos del Maestro de Múnich, dentro de los cuales resalto la Escuela del Profesor LUZÓN PEÑA en la que se ubican grandes dogmáticos como MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN. entre otros reconocidos discípulos.

¹⁹ ROXIN, Claus. DPPG, Civitas, Madrid, 1997, p. 364.

²⁰ ROXIN, Claus. DPPG, Civitas, Madrid, 1997, p. 365.

También excluye ROXIN la imputación al tipo objetivo cuando el autor no disminuyó el riesgo, pero tampoco lo aumentó de modo jurídicamente considerable²¹.

Ahora bien, cuando la imputación del resultado se presenta como consecuencia de un riesgo creado exclusivamente por el autor, y de igual manera se llega a conclusiones garantistas, siguiendo la obra de ROXIN en relación con la permisividad del riesgo y llegando a la Teoría del incremento del riesgo que va de la mano con el concepto del fin de protección de la norma. ROXIN señala la necesaria conciencia que se debe tener en la "realización del riesgo permitido se trata siempre del fin de protección de la norma de cuidado limitadora del riesgo permitido (del mandato de iluminación, del deber de consultar a un médico especialista, etc).."²²

Considero que la Teoría del incremento del riesgo fundada por ROXIN y con gran número de importantes doctrinantes que la comparten,²³ es no solo garantista sino sumamente ajustada al fin filosófico del derecho penal, sin dejar de reconocer que existe otro sector doctrinal donde no menos importantes doctrinantes llegan a otra conclusión²⁴ en el sentido de que al no ser seguro que se haya realizado el peligro no permitido y entonces se aplicaría el beneficio de la duda o *in dubio pro reo*, absolviendo al autor, considerando con el BGH Alemán que solo será imputable un resultado cuando es seguro que con una conducta adecuada o correcta en el sector del tráfico "no se habría producido el resultado"²⁵. Para ROXIN "no es lícito dividir un riesgo en una parte permitida y otra no permitida y averiguar separadamente para cada una la realización del peligro. Si el autor rebasa el riesgo permitido y con ello sigue incrementando el riesgo que precisamente aún era tolerable, crea un riesgo en conjunto sencillamente prohibido. Y ese riesgo prohibido en su totalidad también se realiza si se produce el resultado; de ello no cabe la menor duda, por lo que no hay campo de aplicación para el principio *in dubio pro reo*".²⁶

²¹ ROXIN, Claus. DPPG, Civitas, Madrid, 1997, p. 366.

²² ROXIN, Claus. DPPG, Civitas, Madrid, 1997, p. 378.

²³ Entre otros Burgstaller, Jescheck; Lackner; Otto; Puppe; Rudolphi; Rudolphi; Stratenwerth; Gallas; Wolter; Maurach.

²⁴ ROXIN, Claus. DPPG, Civitas, Madrid, 1997, p. 380, donde cita entre otros a Jakobs, Bockelmann; Frish; Ulsenheimer.

²⁵ ROXIN, Claus. DPPG, Civitas, Madrid, 1997, p. 380.

²⁶ ROXIN, Claus. DPPG, Civitas, Madrid, 1997, p. 380.

Y ROXIN explicando esa separación doctrinal entre su Teoría del incremento del Riesgo y sus contradictores, menciona el ejemplo de si en una operación con riesgo amplio pero médicamente indicada el cirujano causa la muerte del paciente por errores graves constatados por la ciencia médica, en criterio de los autores opuestos a la Teoría del incremento del Riesgo, la conducta debe quedar impune porque aunque la intervención quirúrgica hubiese sido acertada *lege artis* no necesariamente desaparecería la posibilidad de que el paciente hubiese muerto.

Para explicar con un poco de detenimiento el pensamiento de este respetado sector doctrinal liderado por el profesor JAKOBS, acudimos a la obra de FEIJÓO²⁷, quien después de resaltar que se constata con ROXIN un paso cierto de una fundamentación y sistematización ontológica que caracterizaba al finalismo a una sistematización teleológico funcional. Y recuerda el carácter valorativo que adquiere el tipo con la Teoría de la Imputación Objetiva, y citando a GIMBERNAT y a MIR PUIG subraya que sólo se puede desvalorar una conducta siguiendo el fin de protección de la norma penal.

FEIJÓO interpretando la postura dogmática de ROXIN afirma: "comparar una hipotética conducta que observe el riesgo permitido con la conducta realizada por el autor. Si la conducta del autor incrementa la probabilidad de lesión con respecto a la hipotética permitida, la lesión del deber encaja en el tipo y, por tanto, tendremos un tipo imprudente consumado. Por el contrario, si no se incrementa el riesgo no se puede imputar el resultado. Es decir, en caso de duda sobre si el riesgo no permitido se ha realizado en el resultado éste se imputa si se constata que el autor ha creado un riesgo no permitido."²⁸

En mi opinión la postura del profesor ROXIN es totalmente acertada, y sin duda alguna resuelve de manera dogmáticamente brillante la inmensa mayoría de casos que se presentan, y el aporte de su discípulo SCHÜNEMANN no puede considerarse del todo como una reformulación normativa a la postura del maestro como lo expresan sus contradictores²⁹; lo interpreto como una postura que en nada contradice la del maestro ROXIN sino que el supuesto de hecho es distinto, y se refiere a aquellos casos donde el nivel de peligro desborda la inmensa mayoría de situaciones reales que se presentan en el ejercicio de actividades peligrosas.

²⁷ FEIJÓO, Bernardo, Resultado lesivo e imprudencia, Bosch, Barcelona, 2001. P. 160.

²⁸ FEIJÓO, Bernardo, Resultado lesivo e imprudencia, Bosch, Barcelona, 2001.

En términos de FEIJÓO, SCHUNEMANN se dió cuenta de que en casos concretos la regla de planificación de riesgos que es idónea y apta en general, "pierde su función en el caso concreto y falla como instrumento de protección de bienes jurídicos"³⁰. Para algunos importantes autores³¹, cuyas apreciaciones no compartimos sobre su versión de la imputación objetiva, consideran que ROXIN con su "Teoría del incremento del riesgo", genera una "manipulación dogmática" para poder punir tentativas imprudentes, sobre todo en ámbitos no cubiertos por los delitos de riesgo, como puede ser el médico quirúrgico, donde la mayoría de las veces es complejo dilucidar si el resultado es consecuencia de la conducta imprudente del médico o del riesgo natural de la enfermedad³².

Para los seguidores de JAKOBS mediante la Teoría del incremento del riesgo se convierten en tipos consumados "tentativas acabadas imprudentes" que se sospecha que se puedan haber consumado³³, lo que consideran como un rezago del versarismo al considerar que no se puede diferenciar la parte prohibida y permitida de la conducta.

No comparto las anteriores críticas y para responderlas acudimos a la obra del profesor PAREDES CASTAÑÓN quien en su Tesis Doctoral, elaboró un extenso y muy profundo estudio de la dogmática penal en relación con el concepto "Riesgo permitido"³⁴. Pues bien, el importante autor español en su capítulo VII estudia la "Naturaleza fáctica o normativa del deber de conducta: crítica del modelo de la "evitabilidad individual". Habiendo previamente estudiado PAREDES CASTAÑÓN en "El riesgo Permitido en Derecho Penal" la estructura y el contenido del deber de conducta y el juicio sobre su eventual infracción, entra a estudiar el modelo de la evitabilidad individual, es decir "aquél que entiende que el deber de conducta consiste en *hacer todo lo posible para evitar* la realización del desvalor de resultado"³⁵, advierte el profesor PAREDES que ese modelo de evitabilidad

³⁰ FEIJÓO, Bernardo, Resultado lesivo e imprudencia, Bosch, Barcelona, 2001. P. 167.

³¹ FEIJÓO, Bernardo, Resultado lesivo e imprudencia, Bosch, Barcelona, 2001. P. 168.

³² Citando a JAKOBS PG "la teoría del incremento del riesgo tiene la función de un sustituto penal para la tentativa imprudente, siempre impune conforme al derecho vigente".

³³ FEIJÓO, Bernardo, Resultado lesivo e imprudencia, Bosch, Barcelona, 2001. P. 169.

³⁴ PAREDES CASTAÑÓN, Jose Manuel, El Riesgo Permitido en Derecho Penal, Ministerio de Justicia e interior, Madrid 1995, p. 255.

³⁵ Cita PAREDES CASTAÑÓN, como doctrinantes que apoyan ese modelo de evitabilidad individual a Robert v. HIPPEL en Vergleichende darstellung, III, 1908, pág. 510; EXNER: Fahrlässigkeit, 1910, pág. 208; OEHLER: Saues-Fest, 1949, págs. 276,277; HARDWIG: Zurechnung, 1957, pág. 128; BLEI: AT1983, pág 300; R.DEVESA: PG 1991, pág. 477.

individual admite tres interpretaciones: "capacidad individual (hacer todo aquello de lo que el sujeto es capaz de evitar), como necesidad causal (hacer todo aquello naturalísticamente necesario para suprimir los factores que causarían el resultado disvalioso) y como exigencia jurídica (hacer todo lo jurídicamente exigido para evitar)"³⁶. Concluyendo que la primera interpretación es decir la evitabilidad individual como capacidad individual de evitar, es la única de las tres que está de acuerdo con lo que el autor denomina, teorías objetivo-naturalísticas, –sin que esto signifique como lo estudia mas adelante que esa postura sea la correcta como lo citaré del autor–, "en cuanto que no utiliza un criterio normativo de enjuiciamiento (del cumplimiento o la infracción del deber) sino que acude a un juicio previo de capacidad del sujeto concreto para evitar el resultado disvalioso, y deriva directamente de dicho juicio el posterior juicio de infracción de deber de conducta: de acuerdo con ello, infringiría el deber aquel sujeto que, cuando actúe peligrosamente (es decir, creando una probabilidad mínimamente relevante de causación de un resultado disvalioso), no lo haga de forma menos peligrosa de las que es capaz".³⁷

Señala entonces PAREDES CASTAÑÓN que precisamente uno de los argumentos principales de quienes sostienen la teoría individualizadora extrema acerca del deber de conducta es precisamente que se hace necesario acoger los casos de conocimientos especiales o capacidades extraordinarias del sujeto, "superiores a los presupuestos por la posición jurídica que el mismo ocupa y que le permitirán evitar un mayor número de resultados disvaliosos."³⁸ Y recuerda cómo esos autores³⁹ han venido afirmando que resulta necesario desde el juicio de imputación exigir en esos casos al sujeto todo aquello que pueda hacer para evitar resultados que ofenden a un bien jurídico penalmente protegido.

³⁶ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El Riesgo Permitido en Derecho Penal*, Ministerio de Justicia e interior, Madrid 1995, p. 256.

³⁷ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El Riesgo Permitido en Derecho Penal*, Ministerio de Justicia e interior, Madrid 1995, p. 257.

³⁸ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El Riesgo Permitido en Derecho Penal*, Ministerio de Justicia e interior, Madrid 1995, p. 258.

³⁹ Cita PAREDES a OTTO: JuS 1974, pág. 707; también AT 1992, pág. 172; STRATENWERTH: AT, pág 294; JESCHECK, Fest I, 1985; QUINTERO OLIVARES: PG 1989, pág. 353; SAMSON: SK, I, 1989; MIR PUIG PG 1990, págs. 298-300; resalta igualmente PAREDES que JAKOBS ADP 1991, págs. 493 y ss, "quien rechaza el establecer el deber de utilizar todos los conocimientos y capacidades poseídos, y desliga este tema de la imprudencia, donde se suele ubicar, para llevarlo a un previo ámbito, puramente normativo y objetivo del riesgo permitido".

Y PAREDES CASTAÑÓN señala:

"Así se dice que el cirujano que, conocedor de una técnica quirúrgica novedosa, no la aplica en su trabajo debe responder por un delito imprudente, si como consecuencia de su actuación (ajustada, sin embargo, a los cánones generales de diligencia para el puesto que ocupa) se produce un resultado disvalioso –una muerte, una lesión– que se hubieran evitado utilizando la nueva técnica"⁴⁰

PAREDES CASTAÑÓN integrante de la escuela del Profesor LUZÓN y discípulo del profesor SCHÜNEMANN quien a su vez se constituye en el discípulo mas cercano de ROXIN, resalta cómo su maestro reconoce que en principio el argumento resulta convincente, pero cuando se analiza más el fondo de esa propuesta de imputación se encuentran sensibles críticas.

Otros tratadistas del tema concreto de la responsabilidad penal médica también aportan importantes criterios a la hora de establecer el nivel de conocimientos y de esfuerzo aplicable al médico en un juicio de responsabilidad penal, indicando que deber objetivo de cuidado no implica necesariamente el cuidado usual o habitual en la especialidad correspondiente, sino el necesario⁴¹, lo que sin duda presenta esenciales modificaciones en el juicio de imputación correspondiente.

En materia de responsabilidad penal médica resulta entonces fundamental el criterio de necesidad para valorar la objetividad del deber de cuidado y el nivel de conocimientos, por esa razón no se puede aceptar como correcto en esta materia el criterio del médico medio al examinar la conducta de un médico en un caso concreto.

En materia de responsabilidad penal médica no puede acudirse nunca al criterio del hombre medio en este caso médico medio, que sí puede ser utilizado en otros sectores del tráfico jurídico. Las razones son muchas y todas valederas, resaltando el que el bien jurídico protegido en la materia que nos ocupa es el de mayor trascendencia en todas las legislaciones penales

⁴⁰ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, El Riesgo Permitido en Derecho Penal, Ministerio de Justicia e interior, Madrid 1995, p. 258.

⁴¹ GARCÍA BLÁZQUEZ Manuel, MOLINOS COBO Juan J., Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica, Comares, Granada, 1997, p. 323.

del mundo, es decir la vida y la integridad personal; la propia naturaleza de la profesión médica teniendo como objetivos la lucha contra el dolor, la enfermedad y la muerte. Entonces no es un criterio aplicable el del médico medio para determinar el nivel de permisividad del riesgo en relación con el deber objetivo de cuidado, correcta resulta la aplicación del cuidado necesario, derivado de la usual atención y esfuerzo que prestaría un médico sensato o cauteloso.

Ahora bien, tampoco resulta correcto exigir a los médicos un nivel de conocimientos y un deber objetivo de cuidado por encima de sus colegas, ni resultaría dogmáticamente correcto imputar responsabilidad penal por no haber actuado con un nivel superior al de estos. Tampoco se puede censurar el nivel de conocimientos de un médico comparándolo siempre con el mejor de su especialidad, como tampoco resultaría correcto comparar la eficiencia de un penalista con el nivel de conocimientos de un ROXIN o de JAKOBS, pero si un nivel de conocimientos mínimo y especialmente de actualización, para evitar que se apliquen tratamientos obsoletos, dolorosos, que en su momento pudieron ser los recomendados por la ciencia médica, pero que ya no lo son. Así por ejemplo, deberá examinarse ese nivel de conocimientos fundamento del deber objetivo de cuidado según la época y los medios que tenga el respectivo facultativo⁴².

Debemos hacer énfasis, en el principio de autonomía o de libertad de método, que se constituye en elemento vital de la naturaleza absolutamente individual del ser humano, y motor de la investigación científica, para asegurar el avance de la medicina. Pero esa libertad de método no significa el que un tratamiento o intervención se pueda apartar de los postulados científicos que estén demostrados y que contradigan esos postulados. Debe darse un mínimo de aceptación científica en el moderno método a aplicar, lo que debe estar respaldado en la literatura médica. En este punto específico y desde un criterio probatorio práctico, debemos señalar la importancia de anexar esa literatura a los expedientes respectivos que investiga la jurisdicción penal, donde fiscales y abogados desconocemos las profundidades del *lex artis*, y donde esos documentos, revistas especializadas, artículos universitarios, tesis doctorales, trabajos de investigación que demuestren al menos la parcial aceptación de un acto médico específico, lo relevará de responsabilidad penal imprudente.

⁴² GARCÍA BLÁZQUEZ Manuel, MOLINOS COBO Juan J., Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica, Comares, Granada, 1997, p. 324.

LA HISTORIA CLINICA:

Al ocuparnos de la responsabilidad penal médica, aparece como tema necesario el de la historia clínica, pues sobre el análisis de ese documento es sobre el que se efectuará la valoración *ex post* (*vaticinatio post eventum*), sin olvidar que para los finalistas la valoración de la responsabilidad penal se hacía únicamente desde una perspectiva *ex ante*, y con el juicio de Imputación Objetiva deberá ser dual, complementándose la valoración *ex ante* con una perspectiva objetiva *ex post*⁴³, en la que resulta fundamental el examen de la historia clínica.

La historia clínica es definida por ZUCCHERINO como "legajo personalizado del paciente dado a identificación con los datos personales de él y en cuyas diversas secuencias integrantes se observa el seguimiento y registro de las distintas actuaciones profesionales que hubieren ido sucediendo en punto a la evolución del titular"; VÁZQUEZ FERREIRA: "relación ordenada y detallada de todos los datos y conocimientos, tanto anteriores personales y familiares, como actuales relativos a un enfermo, que sirve de base para el juicio acabado de la enfermedad actual⁴⁴. Importante resulta la definición de "documento labrado por el profesional médico compuesto por información identificatoria, detalle de síntomas, elaboración de diagnóstico, consignación de un tratamiento y constancia del control y seguimiento de un enfermo"⁴⁵.

Lo importante del concepto de historia clínica es que ese conjunto de datos personales, de tratamiento, controles y suma de los detalles que conforman el recuento de todas y cada una de las acciones desarrolladas por el médico, será uno de los elementos probatorios mas trascendentes a la hora de valorar si hubo o no incremento del riesgo por parte del médico, dentro del juicio de imputación objetiva como criterio adicional y corrector de la causalidad.

⁴³ FEIJÓO, Bernardo, Resultado lesivo e imprudencia, Bosch, Barcelona, 2001. P. 160.

⁴⁴ citados por RODRÍGUEZ JORDAN, Marcelo, Mala praxis médica, Ediciones ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, p. 62 y ss.

⁴⁵ RODRÍGUEZ JORDAN, Marcelo, Mala praxis médica, Ediciones ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, p. 63.

La historia clínica será el reflejo del comportamiento de médico y paciente, pues en cuanto al primero de ellos, una historia médica completa, organizada y detallada obrará como indicio probatorio que indicará el cumplimiento del deber objetivo de cuidado dentro de esa relación estrecha entre síntomas relatados por el paciente y observados por el médico, y los tratamientos ordenados por el galeno.

Esa historia también permitirá establecer los casos de falta de deber de cuidado del propio paciente, como faltar a los controles ordenados por el médico, lo que obliga a tener en cuenta las ausencias a las citas médicas, así sean meros controles de observación. Los comportamientos omisivos del paciente deben ser igualmente incluidos dentro de la historia clínica, como pueden ser los casos de no cumplir con los horarios de ingestión de medicamentos, curaciones, incumplimiento de las incapacidades laborales entre otros importantes aspectos del tratamiento que el médico puede ir constatando científicamente.

A la hora de establecer una eventual responsabilidad penal del médico, los peritos médico legales, le informarán al operador de justicia, si se ordenó o no, en un momento específico y determinable del tratamiento los exámenes requeridos conforme al *lex artis*, según los criterios de necesidad y urgencia.

No se puede olvidar el principio de "*primun non nocere*" que obliga a guardar un equilibrio entre ese no hacer daño y la oportuna solicitud de estudios médicos que puedan resultar molestos o dañosos al paciente, pero que ante la necesidad de descartar probabilidades o causas de la enfermedad resultan indispensables a la hora de diagnosticar.

La historia clínica es un documento de índole probatorio pero de naturaleza legal, lo que significa que se debe cumplir con un mínimo de formalidades, y no cabe duda que del nivel de rigor de la historia clínica, se demostrará el nivel de responsabilidad, cuidado y diligencia del médico.

La jurisprudencia Argentina se ha pronunciado en el sentido de que la historia clínica, "irregularmente confeccionada resulta un medio de prueba de escasa eficacia frente a un cuadro de graves, precisas y concordantes presunciones en el servicio de salud brindado por la entidad sanatorial demandada"⁴⁶.

⁴⁶ Acuña Yolanda VS Sanatorio San Lucas S.A.; fallo Sala Segunda Cámara de apelaciones, 4 de Mayo de 1990, San Isidro Argentina.

Nuestra primera conclusión es que una historia clínica mal hecha, no puede convertirse en un medio sólido de defensa para el médico, por el contrario será un indicio de descuido y negligencia. De otro lado una historia clínica mal hecha también resultará fácilmente desvirtuada por los postulados científicos del *lex artis*, en cuanto a que mal podrá sustentarse científicamente unos hechos y postulados médicos que están relacionados de manera desordenada o incoherente.

Son frecuentes los casos en que la causa de un resultado desfavorable de una intervención, especialmente en aquellas donde juega de manera profunda la valoración subjetiva, como lo es el caso de la medicina estética, o en aquellas intervenciones donde se requiere un postoperatorio realmente cuidadoso. Es decir en aquellos casos donde una parte sustancial del resultado depende de la responsabilidad y cuidado del paciente, el médico debe relatar de manera amplia y descriptiva sus observaciones acerca del comportamiento del paciente.

Lo que nadie discute es que la historia clínica es una fuente de información: en ella se verifica *ex post* la evolución secuencial del enfermo, pero además el nivel de servicio y efectividad de la institución donde se encuentra el paciente.

A pesar de ser la historia clínica, tal vez el único elemento de verificabilidad de las actuaciones del médico y de la evolución del tratamiento del paciente, cabe resaltar, que así mismo debe ser valorada de manera prevenida, ya que puede presentarse la posibilidad de que aún estando bien diligenciada, no refleje la realidad del trato del paciente, y viceversa, que estando no muy bien elaborada, lo cierto sea que se le dió el debido cuidado y tratamiento.

Criticamos con profundidad lo que sucede en nuestro país, en el sentido de que peritos del Instituto de Medicina Legal, ejercen igualmente su profesión privadamente, de manera simultánea con la de colaboradores de la administración de justicia.

Nuestra propuesta doctrinal en el ámbito del perito que entra a examinar el comportamiento del médico frente al "*lex artis*" según la historia clínica en Colombia, es que no es admisible el que un médico que ejerce competencia profesional y académica con otros, sea perito de aquellos que por méritos académicos y formación lo superan. El mundo de la medicina

no es ajeno a las pasiones humanas ni a los celos profesionales, es más, nos atrevemos a sostener que en el ejercicio profesional no existen profesiones donde juegue un papel más influyente, el orgullo personal en el ejercicio de lo médicos y los penalistas.

En nuestro ejercicio profesional hemos constatado, que la mayoría de la iniciación de los procesos de responsabilidad médica, se han originado a raíz de una mezcla entre celos profesionales y una muy estrecha competencia. Como es de saber, la evolución de nuestra sociedad demanda cada día más profesionales, por lo tanto quien más especializado se encuentre y más estudios haya realizado, estará en un nivel de competitividad más alto en relación con aquel que no ha realizado los mismos logros. Por lo que se ve en la práctica de esta importante profesión cómo, en un importante número de casos, el colegaje no opera de la manera como debería ser.

- **EL CONSENTIMIENTO INFORMADO:**
- **MALAS VALORACIONES DE LA HISTORIA CLÍNICA**
- **FUNCION PÚBLICA Y PREVARICATO**
- **CRÍTICA A PERITÁZGOS HECHOS POR LA COMPETENCIA**
- **TESTIMONIOS CALIFICADOS FRENTE A LA HISTORIA CLÍNICA**
- **MEDICINA DEFENSIVA.**