



Reflexión

La valoración jurídica del riesgo como criterio para la determinación de la responsabilidad penal del médico



Geovana Andrea Vallejo-Jiménez*

Grupo de Investigación Proceso Penal y Delito, Escuela de Posgrados, Maestría en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito, Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA), Medellín, Colombia

INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO

Historia del artículo:

Recibido el 6 de julio de 2017

Aceptado el 17 de agosto de 2017

On-line el 26 de noviembre de 2017

Palabras clave:

Responsabilidad penal

Asunción de riesgo

Responsabilidad legal

Cuerpo Médico de hospitales

Derecho penal

R E S U M E N

Introducción: Para determinar la existencia de la responsabilidad penal como consecuencia de un comportamiento imprudente provocado por un profesional de la salud es preciso que el juez parte de evaluar diferentes criterios que le permitan identificar si estamos en presencia de una conducta penal. En la doctrina moderna y en la jurisprudencia de nuestro país se viene exigiendo precisar si la actuación del médico se hizo dentro del marco del riesgo permitido.

Objetivo: Examinar la trascendencia que para el operador jurídico tiene la valoración del riesgo a la hora de verificar la responsabilidad penal del médico por conductas imprudentes.

Metodología: La metodología aplicada fue la dogmática jurídico penal, es decir, se interpretaron y sistematizaron conceptos que hacen parte del significado del delito y que son necesarios para la determinación de la responsabilidad penal de una persona. En cuanto al material utilizado, se hizo un rastreo de obras nacionales e internacionales en torno a esta temática y se revisaron las decisiones emitidas por la Corte Suprema de Justicia-Sala Penal, Colombia, desde el año 1995 hasta el 2016.

Resultados: Existe consenso en la doctrina mayoritaria y en la jurisprudencia penal sobre la importancia de valorar la presencia del riesgo en la actividad médica.

Conclusiones: En los casos en que la actuación médica genera un resultado lesivo para el paciente pero se comprueba que el galeno actuó bajo los parámetros del riesgo permitido propio de su actividad, se deberá eximir de responsabilidad penal al profesional de la salud.

© 2017 Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación. Publicado por Elsevier España, S.L.U. Este es un artículo Open Access bajo la licencia CC BY-NC-ND (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>).

* Autor para correspondencia. Carrera 55A No 49-51. Medellín, Colombia.

Correo electrónico: geovana.vallejoji@unaula.edu.co

<https://doi.org/10.1016/j.rca.2017.08.003>

0120-3347/© 2017 Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación. Publicado por Elsevier España, S.L.U. Este es un artículo Open Access bajo la licencia CC BY-NC-ND (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>).

Legal evaluation of risk as a criterion for determining criminal liability of medical professionals

A B S T R A C T

Keywords:

Criminal liability
Risk-taking
Legal liability
Hospital Medical Staff
Criminal law

Introduction: In order to determine whether a medical professional is criminally liable for reckless conduct, a judge has to use a range of criteria. In modern legal doctrine, and especially in Colombian jurisprudence, it is increasingly important to assess to what extent a medical professional's conduct falls within the permitted margin of risk.

Objective: To examine the importance for legal professionals of evaluating risk in the context of determining criminal liability pertaining to reckless conduct.

Methodology: The methodology used was the dogmatic criminal law approach; concepts embodied in the meaning of crime and that are needed to establish criminal liability of an individual were interpreted and systematized. The background material was the result of a search of national and international papers on this subject matter, and the decisions issued by the Criminal Chamber of the Supreme Court of Justice, Colombia, between 1995 and 2016 were reviewed.

Results: There is a consensus between the majority doctrine and the criminal jurisprudence about the importance of assessing the presence of risk in medical practice.

Conclusions: In cases where the medical action results in harmful consequences for the patient but there is proof that the physician performed within the allowable parameters of risk for the particular procedure, the medical professional shall be considered exempt from any criminal liability.

© 2017 Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación. Published by Elsevier España, S.L.U. This is an open access article under the CC BY-NC-ND license (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>).

Elementos básicos para la determinación de la imprudencia médica en materia penal

Por lo general, los comportamientos imprudentes en la actividad médica se asocian con la verificación de la existencia de la infracción del deber objetivo de cuidado. Sin embargo, este criterio, aunque es determinante, no es el único que el juez debe valorar, toda vez que el tipo de injusto imprudente está constituido por una parte subjetiva y otra objetiva¹.

La parte subjetiva de la imprudencia debe observarse a partir de dos aspectos, uno negativo y otro positivo. El primero tiene que ver con la ausencia de dolo —conciencia y voluntad de realizar la parte objetiva del tipo, por ejemplo, la conciencia y la voluntad de matar, lesionar o poner en peligro la vida del paciente—, y el segundo guarda relación con la potencial posibilidad de previsión —la posibilidad que tiene el médico de prever que con su conducta imprudente puede ocasionar un daño en el paciente— y evitación —posibilidad que tiene el profesional de la salud, de acuerdo con las circunstancias de tiempo, modo y lugar, de evitar que se produzca el resultado lesivo para el paciente—. Tal y como ya he mencionado en un trabajo previo, el juez debe realizar la valoración partiendo del criterio del hombre medio ideal, ubicando a este último dentro del mismo contexto del sujeto que llevó a cabo la presunta actuación imprudente², es decir, si un médico cirujano especialista en ortopedia actuó negligentemente, el operador jurídico deberá realizar el análisis atendiendo al cuidado y diligencia que habría tenido en ese caso en concreto un médico cirujano especialista en ortopedia cuidadoso y puesto en las mismas condiciones del galeno que presuntamente cometió

el comportamiento imprudente, pero lo que no podrá hacer es acudir a cualquier cirujano o médico que carezca de esa especialidad³.

En cuanto a la parte objetiva, esta se encuentra justamente compuesta por lo que hemos denominado la médula del delito imprudente; aunque se debe reconocer que existen otros elementos, este resulta ser el más relevante⁴. Lo anterior supone que el juez debe verificar que el médico haya obrado sin el cuidado debido y la diligencia establecida en las normas propias de la actividad médica, incumpliendo los deberes que le exigían atender las reglas de su profesión². Para determinar este criterio se deberá tener en cuenta que el deber de cuidado impone tanto obligaciones de actuación como de abstención⁵, por ejemplo, como cuando la norma de la *lex artis* ordena que a un paciente con neumonía se le deben proporcionar antibióticos, pero de igual forma la misma norma puede señalar que si el paciente manifiesta ser alérgico a los mismos, el médico debe abstenerse de prescribirlos; por lo tanto, se insiste que el deber de cuidado debe operar tanto para el hacer como para el no hacer.

No obstante lo anterior, la verificación del comportamiento que haya sido contrario a las normas, reglamentos, guías o protocolos de la actividad médica no constituye criterio suficiente para establecer la responsabilidad penal del médico, pues existe una estrecha relación entre el deber de cuidado y el riesgo desplegado por el profesional de la salud. Por tal motivo, a continuación vamos a referirnos a este último a partir de lo que ha dicho la doctrina y la jurisprudencia, haciendo claridad desde ya que en ocasiones algunos de ellos incluso prescinden del estudio de la infracción del deber objetivo de cuidado y la subsumen solo a partir de la verificación de

actuaciones médicas que incrementan o elevan el riesgo para la vida o la salud del paciente².

La importancia del riesgo en la actividad médica como criterio de determinación de la responsabilidad penal

Perspectiva doctrinal

En la doctrina y en la jurisprudencia contemporánea la valoración del riesgo para determinar la existencia de la conducta imprudente resulta fundamental, toda vez que este criterio permite reconocer la actividad médica como peligrosa y, por ende, admite que dentro de la misma se desplieguen ciertos riesgos que, aunque generen resultados lesivos, no podrán ser considerados penalmente relevantes⁶; es decir, puede haber situaciones en las que, a pesar de que el comportamiento del profesional de la salud genere un daño en el paciente, el resultado producido se considere como fruto del azar o del riesgo propio que genera el despliegue de la profesión sanitaria.

En la doctrina reciente el estudio de la infracción de cuidado¹ requiere, además, que el sujeto con su comportamiento genere un riesgo que supere o rebase los límites de lo permitido; por lo tanto, lo fundamental es determinar si el médico generó un riesgo que sobrepasa las delimitaciones toleradas por las normas de su profesión⁷.

De acuerdo con algunos autores⁸, «el deber normativo de cuidado o diligencia solo tiene sentido respecto de aquellas conductas o situaciones cuya peligrosidad excede el riesgo jurídicamente permitido. Por lo tanto, es condición necesaria, pero no suficiente, la falta de cuidado —pues no toda infracción de cuidado da origen a un delito imprudente—, a la cual entonces se le adiciona un elemento específico normativo, que se traduce en el riesgo creado. Este elemento implica determinar qué riesgos o peligros debieron ser previsibles para el personal sanitario⁹; por lo tanto, no hay infracción del cuidado si no se rebasa el riesgo de lo permitido»².

Según explica Corcón Bidasolo, el deber objetivo de cuidado y el riesgo permitido son elementos autónomos y dotados de su propio contenido¹⁰. Por lo tanto, según esta autora ambos deben valorarse al momento de determinar la existencia del comportamiento imprudente. El juez debe estudiar cada uno de ellos de manera independiente, sin que el deber de cuidado se vea subsumido por el riesgo permitido, ni viceversa, ya que en materia de delito imprudente, cuando se trata de responsabilidad médica se debe reconocer que en esta juegan un papel importante, además de las reglas de la *lex artis*, el riesgo que despliega el profesional de la salud con su actuación, porque esta actividad, por su propia naturaleza, contiene un alto grado de peligro y un riesgo que le está permitido al profesional de la salud ejecutar.

No obstante, contrario a lo anterior, otras posturas doctrinales¹¹ confieren un carácter mucho más predominante al riesgo en el delito imprudente, de tal manera que incluso afirman que el deber de cuidado y la imprudencia misma se agotan en la imputación objetiva; el deber de cuidado se encuentra subsumido por el riesgo permitido, solo basta con comprobar que el médico con su actuación realizó un riesgo jurídicamente desaprobado. Tal y como

veremos más adelante, al parecer esta es la postura que viene predominando en la jurisprudencia colombiana en materia de responsabilidad penal médica.

De esta manera explica Roxin¹¹ que en el delito imprudente se puede prescindir de la infracción del deber de cuidado; según sus propias palabras, este elemento resulta «erróneo desde el punto de vista de la lógica de la norma», toda vez que atender a la infracción del deber objetivo de cuidado conduciría a pensar que los delitos imprudentes solo pueden ser cometidos a título de omisión; es decir, en términos de este autor, al profesional de la salud, bajo este tipo de premisas, por ejemplo, solo se le podría responsabilizar si omitiere llevar a cabo algún procedimiento quirúrgico para salvar la vida del paciente, lo que deja de lado la posibilidad de responsabilizarlo si en el procedimiento realiza una actuación que provoca una infección en el paciente que causa su muerte. Así pues, este autor considera que al médico se le debe reprochar no el actuar descuidado, sino los comportamientos peligrosos que ejecuta y que no se encuentran respaldados por las normas de su profesión, para que de esta manera responda tanto por acción como por omisión.

Siguiendo una línea similar, Jakobs¹² también rechaza la valoración del deber de cuidado; es más, incluso afirma que en los delitos imprudentes no existe infracción del deber de cuidado, y por lo tanto lo que se le debe castigar al médico es que con su comportamiento cree un riesgo que sobrepase las normas de su profesión.

No obstante lo anterior, particularmente en este trabajo se considera que el riesgo permitido no sustituye el deber de cuidado, ni este último reemplaza al primero, sino que, por el contrario, ambos son criterios que se complementan; por lo tanto, si el médico con su comportamiento cumple con las normas de cuidado que exige la *lex artis* y adicionalmente controla los peligros, no habrá lugar a responsabilizarlo penalmente. Así entonces, podemos afirmar que las medidas de prudencia vienen dadas por las normas del cuidado médico, y el control del peligro, por los límites al riesgo que impone la misma actividad²; por lo tanto, frente al primero habrá que observar si el médico infringió el deber objetivo de cuidado y, frente a este último, que el profesional de la salud haya creado un riesgo penalmente relevante que no se encuentre bajo los parámetros de protección de la norma de cuidado de su profesión, por lo que, de llegar a actuar bajo un riesgo que sea permitido, se entenderá que actuó bajo una causal de justificación¹.

Ahora bien, lo dicho hasta el momento hace que surja el siguiente interrogante: ¿cuándo nos encontramos ante riesgos permitidos en la actividad médica? De acuerdo con Paredes Castaño⁵, para resolver esta pregunta es preciso acudir a criterios de ponderación en los cuales se establezca la relación costo/beneficio, de tal manera que en el caso de una intervención quirúrgica, por ejemplo, se pueda llegar a valorar conforme con las normas de la actividad médica los posibles grados de menoscabo que para la recuperación de la salud del paciente pueda reportar la misma, pero de igual modo determinar las ventajas que puede generar la práctica del procedimiento. Se trata de poner en relación los pros y los contras, preguntándose a cuáles de las situaciones alternativas corresponde el interés del paciente, así entonces el juez podrá establecer a través de la ponderación de intereses si el médico con su comportamiento incrementó o disminuyó

el nivel de riesgo que representaba la intervención quirúrgica para el paciente. Al respecto advierte expresamente este autor lo siguiente: «Precisamente, el establecimiento de la relación coste/beneficio, contemplada a la luz de las valoraciones del ordenamiento jurídico, es la base necesaria para que se pueda emitir una decisión fundada sobre el caso, y determinar un nivel máximo de riesgo que esté permitido crear».

Sin embargo, para otros autores, apreciar este tipo de criterios en la actividad médica resulta imposible de establecer, porque obedece a reglas mecanicistas¹³ con probabilidades estadísticas difíciles de aplicar, toda vez que en medicina no existe costo ni beneficio, sino solo un fin, que se traduce en la salvaguarda de la vida del paciente, adicionalmente porque en la actividad médica deben concurrir todos los factores y circunstancias consustanciales que pudieron rodear el procedimiento en un caso concreto.

Particularmente en este trabajo, consideramos que en la actividad médica la ponderación de bienes de protección equivaldría a los mismos bienes que podrían eventualmente verse afectados con la intervención del profesional de la salud, es decir, en la práctica médica lo que debe procurar el sanitario es salvaguardar la vida y el restablecimiento de la salud del paciente, pero inversamente son estos bienes los que podrían verse afectados con la intervención del galeno; por lo tanto, no es posible ni conveniente establecer una fórmula hipotética que permita determinar exactamente cuándo se ha actuado, incrementando o elevando el riesgo de lo permitido; así entonces, consideramos que el juez tendrá que realizar la valoración a partir de cada caso concreto, partiendo del baremo del médico medio ideal, para entrar a establecer si en esa situación específica creó un riesgo excesivo en el paciente a través del empleo de un método o tratamiento que resultó lesivo para este e infractor de las normas del deber de cuidado de la actividad médica.

Para finalizar este punto, resulta preciso advertir que, con relación a los riesgos que se generan en el ejercicio médico, la doctrina penal suele diferenciar entre riesgos típicos y atípicos^{2,14}. Los riesgos típicos son aquellos que dentro de la actividad resultan objetivamente previsibles¹⁵; por lo tanto, «se presentan frecuentemente en determinadas patologías, como por ejemplo las embolias grasas en los intervenidos quirúrgicamente sobre huesos largos; las embolias sanguíneas cuando se producen importantes destrucciones de vasos»²; las infecciones nosocomiales cuando el paciente ha permanecido por algún tiempo en la unidad de cuidados intensivos; el riesgo de trombosis en pacientes con cáncer con enfermedad metástatica¹⁶, entre otros. Los riesgos atípicos son los que se producen por debajo de la frecuencia de los riesgos típicos; son riesgos que, si bien es cierto que se pueden presentar excepcionalmente, son imprevisibles y, por ende, atípicos, como es el caso del broncoespasmo tras anestesia espinal¹⁷.

Lo anterior nos permite concluir que el médico solo está obligado a prever los riesgos que sean típicos para su profesión; de no hacerlo, podría ser declarado responsable penalmente porque fue él mismo quien con su infracción al deber de cuidado y falta de previsibilidad generó ese riesgo habitual o incluso lo elevó o lo incrementó; sin embargo, en aquellos eventos en los que nos encontramos con riesgos atípicos, difícilmente previsibles, no se le podrá atribuir ese

resultado al médico como obra suya, sino como producto del azar.

El tratamiento del riesgo en la jurisprudencia penal colombiana

En Colombia existen pocos datos acerca del número de providencias judiciales que se han emitido en la jurisdicción penal en materia de responsabilidad médica en diferentes instancias, y menos sobre los criterios adoptados por los jueces para determinar o eximir de responsabilidad al profesional de la salud. La información que se tiene con relación a los procesos judiciales que se adelantan en contra del personal médico es muy general, toda vez que en su mayoría se encuentran estudios que arrojan resultados cuantitativos pero muy pocos de carácter cualitativo, es decir, con relación a los argumentos utilizados por los jueces en las sentencias.

Así entonces, con relación al número de procesos, encontramos investigaciones que permiten advertir que durante los años 2000 a 2003 los procesos por responsabilidad médica en Colombia aumentaron un 75%, predominando las denuncias penales y las demandas éticas y civiles¹⁸, correspondiendo al primero aproximadamente el 43%. De igual manera, durante los años 2005 a 2010 el grupo de investigación Clínica Forense, Regional de Bogotá, realizó un análisis estadístico que generó reportes a partir de datos obtenidos en el Instituto Colombiano de Medicinal Legal en la ciudad de Bogotá, concluyendo que el 51,99% de los casos reportados corresponden a prestadores de servicios de salud privados, el 43,28% a instituciones de carácter público y el 4,72% restante no registraba ningún tipo de información; adicionalmente se determinó que la mayoría de las demandas se producen tanto frente a los profesionales de la salud como frente al Estado, siendo predominantes en un 59% las denuncias penales¹⁹.

Ahora bien, un estudio cercano a los criterios empleados por la judicatura para determinar la responsabilidad penal del médico por imprudencia lo encontramos en el año 2013, donde a través de un análisis jurisprudencial se intentó responder al cuestionamiento sobre si las decisiones de la Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJ) llevan a considerar la actividad médica como una actividad peligrosa o de riesgo. Este texto parte de examinar algunas decisiones de la CSJ en cuanto a la construcción general de la responsabilidad en las actividades peligrosas, pero en especial se enfoca en la decisión del 11 de abril de 2012 de la Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Augusto Ibáñez, Expediente 33920, providencia en la que se considera la actividad médica como una actividad de riesgo²⁰.

Lo dicho indica que en los últimos años los asuntos de responsabilidad penal médica vienen cobrando mayor interés en los tribunales penales, aunque en las publicaciones académicas se desconocen los criterios argumentativos empleados para optar por una decisión condenatoria, absolución o de inadmisión de la demanda de casación. De ahí que en este trabajo hemos hecho un rastreo de las decisiones proferidas por la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal entre los años 1995 a 2016, encontrando que se han proferido 16 decisiones, de las cuales 10 guardan relación con delitos de homicidio culposo y los otros 6 restantes con delitos de lesiones personales culposas. En la tabla 1 se mencionan las decisiones.

Tabla 1 – Providencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sobre decisiones relacionadas con la responsabilidad penal médica

Número de proceso	Fecha	Tipo de delito
Radicado 9651	24 de octubre de 1995	Homicidio culposo
Radicado 10776	12 de noviembre de 1999	Homicidio
Radicado 24696	7 de diciembre de 2005	Homicidio culposo
Radicado 28050	15 de agosto de 2007	Homicidio culposo
Radicado 27388	8 de noviembre de 2007	Homicidio culposo
Radicado 27357	22 de mayo de 2008	Homicidio culposo
Radicado 32582	28 de octubre de 2009	Homicidio culposo
Radicado 32503	21 de abril de 2010	Homicidio culposo
Radicado 37327	8 de noviembre de 2011	Homicidio culposo
Radicado 33920	11 de abril de 2012	Lesiones personales culposas
Radicado 38904	26 de junio de 2013	Homicidio culposo
Radicado 43242	2 de abril de 2014	Lesiones personales culposas
Radicado 41423	26 de noviembre de 2014	Lesiones personales culposas
Radicado 81176	18 de agosto de 2015	Lesiones personales culposas
Radicado 46444	20 de enero de 2016	Lesiones personales culposas
Radicado 41245	29 de junio de 2016	Lesiones personales culposas

Fuente: Relatoría Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Providencias proferidas entre 1995 y 2016, Colombia.

Lo que resulta realmente interesante es que en la mayoría de las decisiones la CSJ orienta sus criterios de valoración a partir de la teoría de la imputación objetiva y el análisis del riesgo, y es así como podemos afirmar que desde 1995 acoge criterios de la teoría propuesta por Roxin²¹, pese a que esta realmente cobra mayor fuerza en la doctrina jurisprudencial sobre responsabilidad médica desde que entró a regir la ley 599 de 2000, o también conocida como código penal²², aunque vale la pena advertir que, a diferencia de lo propuesto por este autor, no en todas las decisiones el análisis del riesgo sustituye la revisión de la infracción del deber objetivo de cuidado; en algunas lo complementa²³ o se instala en problemas de la existencia de la relación de causalidad entre la presunta infracción y la lesión ocasionada al paciente²⁴, mientras que en otras ampliamente hay un interés exclusivo por valorar el riesgo como elemento autónomo e independiente^{25,26}.

A partir del año 2008, podemos afirmar que la CSJ统一 criterios con relación al análisis del riesgo en la actividad médica. Al respecto manifiesta expresamente en Sentencia rad. 27357²⁷:

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 típico²⁷.

Por lo anterior, la CSJ ha dicho que cuando el médico con su comportamiento crea un riesgo jurídicamente desaprobado, habrá lugar a imputación objetiva. Este riesgo se presenta cuando el galeno con su comportamiento infringe las normas de la *lex artis* e intensifica el peligro de causación de daño, es decir, cuando lo incrementa o lo eleva²⁸.

De igual manera, se hace preciso advertir que la CSJ da una gran relevancia a la suscripción del consentimiento informado, toda vez que advierte que este debe contener, entre otros, la información sobre los riesgos que genera en el paciente el tratamiento médico; así entonces, una ausencia del mismo o el indebido registro de este se entiende, por un lado, como una infracción al deber de cuidado, pero por otro lado, como una elevación del riesgo²⁸. Por ende, la falta de aquello es un criterio que, de acuerdo con la Corte, influirá en la determinación de la responsabilidad penal del profesional de la salud²⁹.

Lo anterior significa que la CSJ parte de unos criterios que determinan jurídicamente cuándo, a pesar de haber una actuación riesgosa, esta puede no estar jurídicamente desaprobada y, por lo tanto, constituirse en causales de exclusión de la imputación objetiva, como cuando se trata de una conducta que se encuentra dentro del ámbito del peligro establecido en la normativa propia de esa colectividad²⁹, también, «cuando en el marco de la cooperación con división de trabajo en la actividad médica, el sujeto 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»²⁸, es decir, que actúa dentro del principio de confianza, según el cual «el hombre normal espera que los demás actúen de acuerdo con los mandatos legales, dentro de su competencia»³⁰; o cuando la conducta es producto de una autopuesta en peligro dolosa, es decir, una acción a propio riesgo generada por el mismo paciente, como, por ejemplo, cuando este no sigue las indicaciones de recuperación que el médico le ha indicado.

Conclusión

Conforme a lo dicho en este trabajo, podemos apreciar que existen diferentes posturas doctrinales y jurisprudenciales con relación a los elementos que componen la imprudencia médica. El primero de ellos, y que se corresponde con el criterio que aquí se acoge, permite advertir que tanto la infracción al deber objetivo de cuidado como la creación del riesgo, la elevación o el incremento del mismo son elementos que se complementan y que en todos los casos deben ser valorados por el juez, de tal manera que si falta uno de ellos, no es suficiente para concluir que se está ante una responsabilidad penal del profesional de salud. El segundo tiene que ver con la postura que viene siendo acogida en la jurisprudencia colombiana, que considera que es suficiente con la determinación de la existencia del riesgo, toda vez que la infracción del deber objetivo de cuidado resulta excluyente frente a la comprobación de este.

En todo caso, con independencia de la postura doctrinal o jurisprudencial que se asuma, podemos observar la importancia que debe reportar para el juez, al momento de determinar si existe responsabilidad penal del médico, valorar la creación

o la elevación del riesgo en el comportamiento del profesional de la salud, de tal manera que si este no se ha dado, se podrá exonerar bien porque se considere una causal de exclusión de la imputación o bien porque se considere una causal de justificación.

Financiación

Este artículo es producto del proyecto de investigación «Fundamentación epistemológica para la formación en responsabilidad médica en Colombia», código 25-000014, y fue financiado dentro del marco de la Convocatoria 01 de 2016 de la Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA), Colombia.

Conflictos de intereses

La autora declara no tener conflicto de intereses.

REFERENCIAS

1. Luzón Peña DM. *Lecciones de Derecho penal. Parte general.* 3.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch; 2016.
2. Vallejo Jiménez GA. Responsabilidad penal sanitaria: problemas específicos en torno a la imprudencia médica. León: Universidad de León, 2012 [consultado 1 Jul 2017]. Disponible en: http://buleria.unileon.es/xmlui/bitstream/handle/10612/2217/tesis_e4242b.pdf?sequence=1.
3. Rodríguez Vázquez V. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias.* Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo: Marcial Pons; 2012.
4. Vallejo Jiménez GA. Las capacidades especiales del profesional de la salud. *Rev Colomb Anestesiol.* 2015;43:147-50.
5. Paredes Castañón J. *El riesgo permitido en Derecho penal (régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas).* Madrid: Ministerio de Justicia e Interior; 1995.
6. González Sandoval DC. Algunos interrogantes sobre la responsabilidad médica. *Rev Colomb Anestesiol.* 2012;40:131-3.
7. Choclán Montalvo A. *Deber de cuidado y delito imprudente.* Barcelona: Bosch; 1998.
8. Silva Sánchez JM. *Medicinas alternativas e imprudencia médica.* Barcelona: Bosch; 1999.
9. Bustos Ramírez J. *El delito culposo.* Santiago de Chile: Jurídica de Chile; 1995.
10. Corcoci Bidasolo M. *El delito imprudente: criterios de imputación del resultado.* 2.^a ed. Montevideo: BdeF; 2005.
11. Roxin C. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, tomo I,* trad. de la 2.^a ed. alemana. Madrid: Thomson, Civitas; 1997.
12. Jakobs G. *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación,* 2.^a ed. (corregida), trad. de la 2.^a ed. alemana. Madrid: Marcial Pons; 1997.
13. Rueda Martín MA. La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho.* 2009;4 [consultado 1 Jul 2017]. Disponible en: <http://www.ndret.com/pdf/672.pdf>.
14. Romeo Casabona CM. *El médico ante el Derecho.* Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo; 1985.
15. Guzmán Mora F, Arias Páez CA. El concepto de riesgo en Medicina. *Rev Fac Med.* 2011;19:241-7.
16. Gómez-Henao PA, Carreño Dueñas JA. Evaluación preanestésica cardiovascular en cirugía oncológica. *Rev Colomb Anestesiol.* 2016;44:17-22.
17. Rodilla-Fiz AZ, Gómez Garrido M, Martínez-López F, Monsalve-Naharro JA, Girón-la Casa M, López Pérez A. Broncoespasmo desencadenado por anestesia espinal. Informe de caso y revisión de literatura. *Rev Colomb Anestesiol.* 2016;44:179-81.
18. López MA, Manrique I, García C. Demandas a los médicos, observaciones sobre casos. *Rev Colomb Gastroenterol.* 2004;19:37-43.
19. Tamara LM, Jaramillo SH, Muñoz LE. Informes periciales por presunta responsabilidad médica en Bogotá. *Rev Colomb Anestesiol.* 2012;39:489-95.
20. Fortich A. La responsabilidad médica como actividad peligrosa: análisis de caso en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. *Vniversitas.* 2013;126:15-37.
21. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia rad. 965. Veinticuatro (24) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995). Colombia [consultado 31 Mar 2017]. Disponible en: <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/jurisprudencia/>.
22. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia rad. 24696. Siete (7) de diciembre del dos mil cinco (2005). Colombia [consultado 30 mar 2017]. Disponible en: <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/jurisprudencia/>.
23. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia rad. 28050. Quince (15) de agosto de dos mil siete (2007) [consultado 30 Mar 2017]. Disponible en: <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/jurisprudencia/>.
24. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia rad. 10776. Doce (12) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999). Colombia [consultado 30 Mar 2017]. Disponible en: <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/jurisprudencia/>.
25. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia rad. 27388. Ocho (8) de noviembre de dos mil siete (2007). Colombia [consultado 30 Mar 2017]. Disponible en: <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/jurisprudencia/>.
26. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia rad. 41245. Veintinueve (29) de junio de dos mil dieciséis (2016). Colombia [consultado 4 Abr 2017]. Disponible en: <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/jurisprudencia/>.
27. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia rad. 27357. Veintidós (22) de mayo de dos mil ocho (2008). Colombia [consultado 30 Mar 2017]. Disponible en: <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/jurisprudencia/>.
28. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia rad. 32582. Veintiocho (28) de octubre de dos mil nueve (2009). Colombia [consultado 30 Mar 2017]. Disponible en: <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/jurisprudencia/>.
29. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia rad. 33920. Once (11) de abril de dos mil doce (2012). Colombia [consultado 4 Abr 2017]. Disponible en: <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/jurisprudencia/>.
30. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia rad. 38904. Veintiséis (26) de junio de dos mil trece (2013). Colombia [consultado 4 Abr 2017]. Disponible en: <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/jurisprudencia/>.