

RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA, TRABAJO EN EQUIPO Y PRINCIPIO DE CONFIANZA

Francisco Bernate Ochoa*

Fecha de recepción: 3 de abril de 2008.

Fecha de aceptación: 29 de mayo de 2008.

Resumen

Los desarrollos alcanzados por la ciencia médica y la creciente sub-especialización en las ciencias de la salud exigen la participación de diversos profesionales en el acto médico. La posibilidad de la causación de resultados típicos en actividades médicas realizadas en conjunto, obliga a determinar el sujeto de la imputación penal, para lo cual la moderna dogmática se vale del denominado *principio de confianza*. En este artículo se estudia este concepto, los supuestos y algunos casos problemáticos para su aplicación en el ámbito médico.

Palabras clave:

Responsabilidad penal, responsabilidad médica, confianza, paciente.

MEDICAL CRIMINAL LIABILITY, TEAM WORK AND THE TRUST PRINCIPLE SUMMARY

Abstract

Recent developments in medical science, as well as the growing sub-specialization in health

sciences, demand the involvement of various professionals in the medical act. Causation of results considered unlawful by the criminal statute in medical procedures of this nature, call for a clear determination of the subject of a criminal claim. For this purpose modern doctrine applies the so-called *trust principle*. This article explores the concept, the assumptions and some cases that appear as problematic in the application of this principle in the medical field.

Key words:

Criminal liability, medical responsibility, trust, patient.

1. INTRODUCCIÓN

Los impresionantes avances¹ de la ciencia médica en los últimos tiempos, así como los descubrimientos en este campo, han generado una especialización de los profesionales de la salud, lo cual, a su vez ha conllevado a que, hoy en día, en estas áreas, el trabajo en equipo sea necesario e imprescindible con miras al cumplimiento de los fines de la ciencia médica, como son el diagnóstico, la prevención, la curación y el tratamiento de las enfermedades.²

Así pues, que por ejemplo, en materia de cirugía, ya no basta con el médico cirujano, sino que se requiere además el concurso y la presencia efectiva de otros profesionales de la salud, como el anestesiólogo, el enfermero, el instrumentador quirúrgico, etc.

La posibilidad de ocasionar, en desarrollo de actos quirúrgicos, resultados sancionados por

* Profesor de Carrera Académica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Bogotá, DC, Colombia en el área de Derecho Penal. Abogado de la Universidad del Rosario, Bogotá, DC, Colombia. Especialista en Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Penal Económico de la Universidad de Castilla La Mancha, Toledo, España. Magíster en derecho penal de la Universidad de Salamanca en convenio con la Universidad Santo Tomás de Aquino, Bogotá, DC, Colombia. DEA (Magíster) en Derecho Penal de la Universidad Alfonso X El Sabio de Madrid, España. Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Alfonso X El Sabio de Madrid, España. Web Site: www.franciscobernate.com

¹ Sobre el progreso científico y técnico como presupuesto del riesgo permitido, GIMBERNAT ORDEIG. Delitos cualificados por el resultado y causalidad. Ed. B de f. Montevideo, 2007. P. 51. JAKOBS Günther. El delito imprudente. En: Estudios de derecho penal. Ed. Civitas, Madrid, 1997. P. 175.

² En igual sentido, GÓMEZ RIVERO quien afirma que la intervención de diferentes facultativos en el acto médico es una práctica habitual. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. La Responsabilidad Penal del médico. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003. p. 394.

el Derecho Penal (típicos) es algo que puede acontecer, y que será resuelto con la aplicación de las categorías dogmáticas del delito, pero resulta especialmente interesante determinar el tratamiento que a estos sucesos deba impartírsele cuando el acto médico es realizado por varios profesionales de la salud.

Frente a esta situación, es claro, hoy en día, que tanto la doctrina como la legislación en la mayoría de los países con desarrollos apegados a la definición dogmática del delito, así como las diferentes escuelas del derecho penal, parten de negar la existencia de la coautoría en los delitos culposos, por lo que, frente a la causación de un resultado típico como consecuencia de un acto médico realizado en equipo, debe determinarse con claridad a quien debe ser imputado (a nivel del tipo objetivo) el mismo.

Como puede verse, se trata de un problema relacionado con la atribución al agente del resultado típico, asunto que debe resolverse, de acuerdo con la orientación actual del derecho penal, con la aplicación de la teoría de la imputación objetiva³.

En términos sencillos, la teoría de la imputación objetiva⁴ señala que, para que un resultado pueda ser imputado a un sujeto⁵, este debió haber creado un riesgo jurídicamente desaprobado y este riesgo creado debió realizarse con el resul-

tado típico⁶. Dentro de la teoría⁷ de la imputación objetiva⁸, se señala que no crea un riesgo jurídicamente desaprobado⁹ quien obra confiando en que otros cumplirán con su rol dentro de un resultado causado como consecuencia de la actividad conjunta de varias personas¹⁰. A esta figura, se le conoce como el principio de confianza, y gracias a ella, podemos resolver casos que, no por presentarse bastante en la práctica, dejan de ser bastante problemáticos.

En el presente escrito nos referiremos al principio de confianza en la actividad médica. Así, en un primer momento, nos referiremos de manera genérica a este principio, determinando su concepto, contenido y presupuestos de aplicación. Posteriormente, nos referiremos a algunos casos concretos que resultan problemáticos para la aplicación del principio de confianza, como lo son, el abandono de compresas en la huma-

³ Sobre la confusión reinante en torno al concepto de la imputación objetiva, FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva. Estado de la cuestión. En: FRISCH, Wolfgang y otros. Sobre el estado de la teoría del delito, Ed. Civitas, Madrid, 2000. P. 21.

⁴ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Imputación objetiva en derecho penal. Instituto Peruano de ciencias penales. Lima, 2002. Sobre la imputación objetiva en el delito culposo. MIR PUIG, Santiago. Derecho penal. Parte General. Quinta Edición, Ed. Corregrafic. S.L. Barcelona, 2002. Pp. 280 y ss.

⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2004. P. 281 y ss.

⁶ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Ed. Civitas. Madrid, 1997. P. 362. Señala ROXIN: "Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por el riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto". ROXIN, Claus. Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el derecho penal. En: ROXIN, Claus. Problemas básicos del derecho penal. Trad de LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Ed. Reus, Madrid, 1991. P. 128 y ss. Igual, JESCHECK Hans-Heinrich y WEIGEND Thomas. Tratado de derecho penal. Parte general. Traducción de OLMEDO CARDENETE. Quinta edición. Ed. Colmenares. Granada, 2002. P. 307.

⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. Lecciones de derecho penal. Parte General. Ed. Praxis. Segunda Edición. Barcelona, 1999. P. 161.

⁸ FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva. Estado de la cuestión. En: FRISCH, Wolfgang y otros. Sobre el estado de la teoría del delito, Ed. Civitas, Madrid, 2000. P. 26.

⁹ En criterio de JAKOBS el principio de confianza no solamente tiene que ver con el riesgo permitido, sino que también se relaciona con la prohibición de regreso. JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Segunda Edición. Traducción de CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. Ed. Macial Pons Madrid, 1997. P. 253.

¹⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Imputación objetiva en derecho penal. Instituto Peruano de ciencias penales. Lima, 2002. Pp. 279 y ss.

nidad del paciente, el empleo de capacidades ajenas y el empleo de instrumentación.

2. GENERALIDADES

Uno de los grandes aportes a la ciencia penal, -tanto en la teoría como en la práctica- de la teoría de la imputación objetiva¹¹ es el denominado principio de confianza^{12,13}. En términos sencillos, el principio de confianza supone que no crea un riesgo jurídicamente desaprobado¹⁴ quien, realizando una actividad de manera conjunta¹⁵, y no ostentando la posición de garante respecto del bien jurídico¹⁶, confía en que los demás llevarán a cabo su tarea de conformidad con el rol de cada uno¹⁷.

Como lo mencionamos en otro lugar¹⁸, modernamente se entiende que el punto de partida de la responsabilidad penal es la existencia de roles, en virtud de los cuales todas las personas cumplen una función al interior de la sociedad¹⁹, y el presupuesto de la imputación objetiva es precisamente el incumplimiento de esos deberes²⁰, de esos roles²¹. Así es que, en la actualidad, se entiende que el derecho penal protege expectativas derivadas de la condición de persona de quien vive en una sociedad²², por lo que se entiende que ella -la persona- cumple un rol en aquella -la sociedad-²³, y, por ende, no podrá imputarse un delito a quien ha obrado en cumplimiento de aquello que de él se espera²⁴.

¹¹ Sobre la teoría de la imputación objetiva, cfr. JESCHECK Hans-Heinrich y WEIGEND Thomas. Tratado de derecho penal. Parte general. Traducción de OLMEDO CARDENETE. Quinta edición. Ed. Colmenares. Granada, 2002. P. 307.

¹² PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. y CANCIO MELIÁ, Manuel. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs. En: JAKOBS, Günther, Estudios de derecho Penal. UA Ediciones. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1997. P. 58. BACIGALUPO, Enrique, Principios de derecho penal. Parte General. Ed. Akal, Quinta Edición. Madrid, 1997. P. 191.

¹³ JAKOBS Günther. El delito imprudente. En: Estudios de derecho penal. Ed. Civitas, Madrid, 1997. P. 176. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Imputación objetiva en derecho penal. Instituto Peruano de ciencias penales. Lima, 2002. Pp. 279 y ss.

¹⁴ Sobre el riesgo desaprobado como excluyente del injusto, paradigmática resulta en el habla hispana la obra de GIMBERNAT. GIMBERNAT ORDEIG. Delitos cualificados por el resultado y causalidad. Ed. B de f. Montevideo, 2007. Pp. 50 y ss.

¹⁵ ZAFFARONI. Eugenio Raúl. ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal. Parte General. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000. P. 532.

¹⁶ JAKOBS Günther. El delito imprudente. En: Estudios de derecho penal. Ed. Civitas, Madrid, 1997. P. 177.

¹⁷ Sobre el principio de confianza, cfr. REYES ALVARADO, Yesid. Imputación objetiva. Ed. Temis, Segunda edición, Bogotá, DC. 1996. p. p. 141 y s. s. BACIGALUPO, Enrique, Principios de derecho penal. Parte General. Ed. Akal, Quinta Edición. Madrid, 1997. P. 191. WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General. 11 Edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970. P. 189. JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Segunda Edición. Traducción de CUELLO

CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. Ed. Macial Pons Madrid, 1997. P. 253. Sobre el principio de confianza, puede consultarse la Sentencia del Audiencia Provincial Granada núm. 17/2002 (Sección 2ª), del 10 enero de 2002. Así mismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona sostuvo sobre este principio lo siguiente. "... la división del trabajo descrito genera una confianza en el actuar diligente de los demás profesionales de manera que a cada uno de los miembros del equipo no se les puede responsabilizar de los fallos de otro, salvo que la confianza en su actuación sea estimada infundada en atención a la entidad del error, o a la ausencia de cualificación o fiabilidad del directamente responsable."

¹⁸ BERNATE OCHOA, Francisco. La legitimidad del derecho penal. Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, DC, 2006.

¹⁹ JAKOBS, Günther. Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal. Traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel y FEIJÓO SÁNCHEZ, Manuel. Civitas, Madrid, 2003. P. 18.

²⁰ Sobre los deberes. JAKOBS, Günther. La omisión: Estado de al cuestión. En: FRISCH, Wolfgang y otros. Sobre el estado de la teoría del delito, Ed. Civitas, Madrid, 2000. P. 132.

²¹ REYES ALVARADO, Yesid. Imputación objetiva. Ed. Temis, Segunda edición, Bogotá, DC. 1996. p. 145.

²² JAKOBS, Günther. Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal. Traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel y FEIJÓO SÁNCHEZ, Manuel. Civitas, Madrid, 2003. P. 49.

²³ JAKOBS, Günther. La omisión: Estado de al cuestión. En: FRISCH, Wolfgang y otros. Sobre el estado de la teoría del delito, Ed. Civitas, Madrid, 2000. P. 133.

²⁴ JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Segunda Edición. Traducción de CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. Ed. Macial Pons Madrid, 1997. P. 225.

En efecto, diariamente todos realizamos de manera indistinta diferentes roles, así somos ciudadanos, estudiantes, profesores, peatones, conductores, padres, hijos, etc. De la existencia de roles se desprende así mismo la posibilidad de que podamos confiar en que todos los participantes del tráfico social respetarán aquello que de ellos se espera, y surgen entonces las expectativas como el objeto de tutela, no solo del derecho penal, sino de todo el sistema jurídico en general. En otras palabras, la función del sistema jurídico es la de tutelar las expectativas de todos los asociados.²⁵

Esta afirmación es de gran importancia para el entendimiento del delito y para la superación de la distinción entre acción y omisión²⁶, aspecto sobre el cual las diferentes escuelas han tropezado sucesivamente sin poder encontrar una solución al respecto.

En efecto, en la medida en que todos somos portadores de roles de los cuales se desprenden expectativas de comportamientos, todos seremos garantes de evitar resultados lesivos para bienes jurídicos, por lo que, cuando un sujeto *activamente* ocasiona la muerte de otro, lo relevante para el derecho penal no es el que se haya ocasionado la muerte en términos ontológicos, pues evidentemente es algo que no podrá reparar (la pena al homicida no regresará la vida al cuerpo de la víctima) sino lo que es relevante es el mensaje que envía al conglomerado, en virtud del cual para él, como ser racional que es, la norma carece de vigencia²⁷.

Podríamos decir entonces que esta persona - quien ocasiona la muerte de otro- ha desconocido su rol como ciudadano que le imponía respetar la vida de otros seres humanos, deber que se deriva de su condición de ciudadano y que hace parte de lo que JAKOBS denomina deberes por competencia institucional²⁸. Lo relevante entonces no es el fin de la vida de la víctima, sino el desconocimiento de esos deberes, con lo que claramente se supera la interminable discusión sobre la manera como pueden diferenciarse el delito por acción y el delito de omisión²⁹.

El principio de confianza encuentra ámbitos de aplicación en diferentes escenarios, tales como la administración pública, el manejo de empresas privadas³⁰, el tráfico automotor³¹, pero, a no dudarlo, uno de los escenarios donde encuentra mayores posibilidades de aplicación es precisamente en el campo médico³².

Como ya lo mencionamos, el principio de confianza³³ parte de la existencia de una actividad en la que participan varios miembros, cada uno

²⁵ JAKOBS, Günther. Culpabilidad y prevención. En: Estudios de derecho penal. Ed. Civitas, Madrid, 1997. P. 79.

²⁶ JAKOBS, Günther. La omisión: Estado de la cuestión. En: FRISCH, Wolfgang y otros. Sobre el estado de la teoría del delito, Ed. Civitas, Madrid, 2000. P. 151. JAKOBS, Günther. Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal. Traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel y FEIJÓO SÁNCHEZ, Manuel. Civitas, Madrid, 2003. P.102.

²⁷ JAKOBS, Günther. Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal. Traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel y FEIJÓO SÁNCHEZ, Manuel. Civitas, Madrid, 2003.

²⁸ JAKOBS. El concepto jurídico penal de acción. En: Estudios de derecho penal. Ed. Civitas, Madrid, 1997. P. 115.

²⁹ Sobre la unidad entre la acción y la omisión, JAKOBS, Günther. El concepto jurídico penal de acción. En: Estudios de derecho penal. Ed. Civitas, Madrid, 1997. Pp. 114 y ss. JAKOBS, Günther. Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal. Traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel y FEIJÓO SÁNCHEZ, Manuel. Civitas, Madrid, 2003. P. 102.

³⁰ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. La Responsabilidad Penal del médico. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003. p. 396.

³¹ Fue en el ámbito del tráfico automotor donde surgió este principio por obra de GÜLDE. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. La Responsabilidad Penal del médico. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003. p. 396. Sobre el punto, JAKOBS Günther. El delito imprudente. En: Estudios de derecho penal. Ed. Civitas, Madrid, 1997. P. 173.

³² JAKOBS Günther. El delito imprudente. En: Estudios de derecho penal. Ed. Civitas, Madrid, 1997. P. 176.

³³ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Imputación objetiva en derecho penal. Instituto Peruano de ciencias penales. Lima, 2002.

de los cuales tiene un rol³⁴ y unas funciones específicas, de manera tal que, en el caso de producirse un resultado lesivo para el bien jurídico, el mismo deberá imputarse al encargado de la evitación del resultado de acuerdo con la distribución de tareas³⁵, siendo improcedente³⁶ la imputación del resultado a los demás miembros del equipo en tanto que han obrado amparados por la confianza en el cumplimiento del rol de todos los miembros y, por ende, no han creado riesgos jurídicamente desaprobados³⁷.

Para que proceda el principio de confianza, en términos muy sencillos diremos que se requiere la realización de un trabajo en equipo, al interior del cual las funciones están delimitadas³⁸, de manera que existe claridad sobre lo que le compete a cada uno de los miembros del equipo³⁹.

Se niega la procedencia del principio de confianza⁴⁰ en aquellos eventos en los que sea claro que el responsable de la evitación del resultado no cumplirá su deber⁴¹, y cuando quien pretende invocarlo ostenta la posición de garantía respecto del bien jurídico.

Ejemplo. El médico A delega en la enfermera jefe B la realización de una curación en un paciente determinado. La enfermera B se encuentra en estado de embriaguez⁴², y durante la curación no utiliza solución salina sino, por el contrario, yodo, medicamento al cual el paciente es alérgico, de lo cual ha informado al personal médico con anterioridad, generándose una reacción alérgica grave en el paciente. En este caso no procedería el principio de confianza ya

³⁴ JAKOBS, Günther. Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos. En: Estudios de derecho penal. Ed. Civitas, Madrid, 1997. P. 129.

³⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Imputación objetiva en derecho penal. Instituto Peruano de ciencias penales. Lima, 2002. P. 303.

³⁶ JAKOBS Günther. El delito imprudente. En: Estudios de derecho penal. Ed. Civitas, Madrid, 1997. P. 177. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Imputación objetiva en derecho penal. Instituto Peruano de ciencias penales. Lima, 2002. P. 307.

³⁷ REYES ALVARADO, Yesid. Imputación objetiva. Ed. Temis, Segunda edición, Bogotá, DC. 1996. p. 145. JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Segunda Edición. Traducción de CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. Ed. Macial Pons Madrid, 1997. P. 30. "El principio de confianza significa que, a pesar de la experiencia de que otras personas cometen errores, se autoriza a confiar... en su comportamiento correcto".

³⁸ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. La Responsabilidad Penal del médico. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003. p. 402.

³⁹ "Conforme a este enunciado, cada participante en una actividad puede y tiene que confiar en que la actuación del reto de intervinientes será correcta..." GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. La Responsabilidad Penal del médico. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003. p. 395.

⁴⁰ REYES ALVARADO, Yesid. Imputación objetiva. Ed. Temis, Segunda edición, Bogotá, DC. 1996. p. 147. Igual, GÓMEZ RIVERO, quien sostiene que "de tal modo que sólo cuando existan motivos fundados para desconfiar en la conformidad a cuidado de la actuación de los terceros podrá dejar de invocarse dicha presunción por el resto de los intervinientes" GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. La Responsabilidad Penal del médico. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003. p. 395.

⁴¹ Como puede apreciarse, se asume un criterio limitado del principio de confianza, en oposición a las tesis que asumen un concepto absoluto y que por ende no lo limita en ningún caso. Sobre el punto, GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. La Responsabilidad Penal del médico. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003. p. 411. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal. Parte General. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000. P. 533. Al respecto, la jurisprudencia española ha considerado reiteradamente responsable de los errores directamente imputables al anestesista, al cirujano que confió indebidamente en la actuación de aquél. Así en concreto en supuestos en los que el cirujano presenció cómo el anestesista abandonaba el quirófano (STS de 11 de octubre de 1979 [RJ 1979, 3577] o de 4 de septiembre de 1991 [RJ 1991, 6021]). FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Imputación objetiva en derecho penal. Instituto Peruano de ciencias penales. Lima, 2002. P. 312.

⁴² No solo se presentaría en el caso de la embriaguez, sino también en casos de cansancio o fatiga y en casos de desconfianza derivada del conocimiento que se tiene de los demás participantes en el acto médico. Cfr. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. La Responsabilidad Penal del médico. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003. p. 411.

que la responsable de evitar el resultado se encontraba ebria.

3. EN CONCRETO, MEDICINA Y PRINCIPIO DE CONFIANZA

Lo primero que debemos mencionar es que la realización de tareas de contenido médico-quirúrgico entre varias personas es la regla general en materia médica⁴³, por cuanto se trata de una ciencia en la que existen diferentes especialidades. Viceversa, en la actualidad, la excepción sería el supuesto en el que todo el acto médico es realizado por un solo profesional⁴⁴.

Se habla entonces del equipo médico para hacer referencia al conjunto de profesionales de la salud que intervienen en el acto médico⁴⁵. Al interior del equipo médico⁴⁶, algunos de sus miembros desarrollarán un rol trascendental e independiente, como sucedería en los casos del cirujano y el anesthesiólogo, cuya labor es necesaria para la realización del acto médico (por ello se dice que es trascendental) y no depende de ningún otro profesional (por lo que se dice

que es independiente). Así mismo, existen quienes desempeñan un papel secundario (No son imprescindibles) y dependiente (Se encuentran subordinados a los demás profesionales) como sucedería con los auxiliares, las enfermeras y el instrumentador quirúrgico⁴⁷.

Diríamos que entre los primeros, es decir, quienes tienen un rol trascendental e independiente opera la figura del principio de confianza, por lo que cada uno puede confiar en que el otro cumplirá con su rol y en tanto que se trata de relaciones horizontales, es decir, aquel tipo de relación “*que tiene lugar entre profesionales que poseen un mismo nivel de cualificación en sus respectivas ramas*”^{48,49}. En el evento en que ello no suceda, no podrá imputarse el resultado a quien ha confiado en el cumplimiento del rol⁵⁰.

Ejemplo. El médico puede confiar en que el anesthesiólogo preparará y aplicará adecuadamente el compuesto anestésico y que realizará las maniobras de reanimación adecuadas cuando fuere necesario, en tanto que éstas son sus funciones. De manera que, cuando el paciente fallece debido a una deficiencia en la administración de la anestesia, ya sea en la preparación del compuesto anestésico o en su aplicación, no podrá imputarse el resultado lesivo al cirujano⁵¹.

De otra parte, en lo que tiene que ver con las relaciones entre quienes tienen un rol trascen-

⁴³ REYES ALVARADO, Yesid. Imputación objetiva. Ed. Temis, Segunda edición, Bogotá, DC. 1996. p. 151. YEPES RESTREPO, SERGIO. La responsabilidad civil médica. Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, DC, 1999. P. 65.

⁴⁴ En igual sentido. YEPES RESTREPO, SERGIO. La responsabilidad civil médica. Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, DC, 1999. P. 65. Señala este autor “La actuación individual del médico es frecuente en algunos tratamientos, pero lo más corriente en lo que al acto quirúrgico respecta, es la intervención de un grupo de sujetos que se denomina equipo médico”. Sobre la procedencia del principio de confianza en materia médica, cfr. REYES ALVARADO, Yesid. Imputación objetiva. Ed. Temis, Segunda edición, Bogotá, DC. 1996. p. 149. El mismo, REYES ALVARADO, Yesid. Imputación objetiva. Ed. Temis, Segunda edición, Bogotá, DC. 1996. p. 151.

⁴⁵ Sobre el equipo médico, VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina. Ed. Hammurabi. Buenos Aires, 2002. p.p. 65 y s.s. YEPES RESTREPO, SERGIO. La responsabilidad civil médica. Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, DC, 1999. P. 65.

⁴⁶ YEPES RESTREPO, SERGIO. La responsabilidad civil médica. Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, DC, 1999. P. 66.

⁴⁷ Sobre la división de trabajo en el equipo médico, y la división entre las relaciones verticales y las relaciones horizontales, GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. La Responsabilidad Penal del médico. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003. p. 395.

⁴⁸ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. La Responsabilidad Penal del médico. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003. p. 395.

⁴⁹ TERRAGNI, Marco Antonio. El delito culposo en la actividad médica. Ed. Rubinzal - Culzoni. Buenos Aires, 2003. P. 202.

⁵⁰ Sobre el punto, Cfr. REYES ALVARADO, Yesid. Imputación objetiva. Ed. Temis, Segunda edición, Bogotá, DC. 1996. p. 155.

⁵¹ Cfr. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. La Responsabilidad Penal del médico. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003. p. 413.

dental e independiente y quienes ostentan un rol secundario y dependiente -relaciones verticales⁵²-, operará igualmente el principio de confianza⁵³, lo que se traduce en que el superior puede confiar en que el inferior se comportará correctamente y el inferior puede confiar en las órdenes del superior.

Ejemplo. Cuando el médico solicita a la enfermera aplicar un medicamento específico, el facultativo puede confiar en que aplicará la sustancia que fue indicada y en la cantidad prescrita. A su vez, la enfermera puede confiar en que la orden dada por el médico se ajusta a la *lex artis*.

A efectos de estimar la procedencia del principio de confianza en relaciones verticales, se considera necesaria la correcta preparación e instrucción por parte del superior a sus auxiliares⁵⁴.

Sin embargo, esto no aplica cuando el inferior se encuentre bajo la vigilancia del superior, como sucede v.gr. entre el estudiante y el profesor que se encuentran realizando una actividad médica, caso en el cual el profesor tiene el deber de vigilancia, o como se le denomina, el principio de defensa, que torna inaplicable el principio de confianza⁵⁵.

⁵² TERRAGNI, Marco Antonio. El delito culposo en la actividad médica. Ed. Rubinzal - Culzoni. Buenos Aires, 2003. P. 204.

⁵³ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. La Responsabilidad Penal del médico. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003. p. 429.

⁵⁴ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. La Responsabilidad Penal del médico. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003. p. 430.

⁵⁵ Sobre el caso del estudiante, interesante resulta la situación del médico residente, quienes a pesar de haber completado su formación teórica, no cuentan aún con experiencia práctica. Respecto de ellos, tampoco podría invocarse el principio de confianza. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. La Responsabilidad Penal del médico. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003. p. 404. Sobre la improcedencia del principio de confianza, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal. Parte General. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000. P. 533.

Como lo mencionamos anteriormente, este principio tampoco será procedente cuando es evidente el incumplimiento del rol por parte del destinatario del principio de confianza. Así, por esta vía no opera el mencionado principio cuando v.gr. se trate de invocar frente a la actuación del estudiante por parte del profesor de medicina, o cuando el instrumentador quirúrgico se encuentre en estado de embriaguez.

A continuación, nos referiremos a algunos supuestos problemáticos frente al principio de confianza.

4. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN ALGUNOS CASOS PROBLEMÁTICOS EN LA ACTIVIDAD MÉDICA

4.1 Abandono de compresas o de instrumental quirúrgico en la humanidad del paciente

El primer supuesto problemático en este escenario es el abandono de compresas en el abdomen del paciente. Tomemos un caso de la Jurisprudencia Colombiana⁵⁶ que destaca lo delicado de esta situación:

Por estar padeciendo fuertes y frecuentes cólicos, entre abril y mayo de 1992, MARÍA... fue conducida a la clínica donde fue atendida por su gerente, el Dr. ARMANDO..., quien previo examen, dictaminó que debía ser sometida a una colecistectomía. El 10 de julio se le practicó, por el citado profesional, el procedimiento quirúrgico recomendado, y el 13 de los mismos mes y año se le dio de alta, debiendo ser hospitalizada de nuevo el 15, por sufrir fuertes dolores en el vientre. Pasado un día, se autorizó su salida.

Como siguió experimentando dolor "...en la región de la operación", acudió a otras instituciones para tomarse radiografías y exámenes, que no revelaron nada anormal.

⁵⁶ Los hechos fueron tomados de la paradigmática Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del dieciocho (18) de mayo de dos mil cinco (2005). Expediente No. 14415. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

En octubre de 1992, su deteriorado estado de salud se complicó porque no podía ingerir alimentos, y debido a ello fue llevada otra vez a la institución demandada, donde la atendió su gerente, quien estimó que debía ser operada nuevamente.

Su cónyuge, decidió hacerla auscultar por otro médico gastroenterólogo de otro Hospital quien, luego de analizar los exámenes y radiografías, concluyó que debía ser intervenida de inmediato, "...por un obstáculo que se presentaba adelante del píloro, que no permitía el paso del tubo para la endoscopia".

Practicada la cirugía el 4 de noviembre de 1992, bajo la dirección del citado profesional, se le extrajo "...una compresa encapsulada por fibrosis desarrollada en la zona donde se le había practicado la Colectectomía", elemento que de acuerdo con los resultados de patología, "...generó una PERITONITIS AGUDA CRÓNICA".

Tras una ligera recuperación, sumada a la tolerancia a los alimentos, se le dio de alta el 28 de noviembre del mismo año.

Sin embargo, la peritonitis aguda y crónica desencadenada por la compresa dejada en su vientre, le originó "...una congestión cardíopulmonar el día 3 de diciembre de 1992", por la cual debió ser llevada de urgencia al Hospital XXX, ayudada de oxígeno, complicación que no fue posible controlar, pese a los esfuerzos médicos, falleciendo el 6 de diciembre de 1992, a la edad de 40 años, once meses.

Puntualmente, la discusión gravita sobre la imputación del resultado en el evento en el que, como en el caso reseñado, se produzcan lesiones en el sujeto pasivo de la intervención médica derivadas del abandono de compresas o de instrumental quirúrgico en su humanidad. En pro de la aplicación del principio de confianza en estos eventos, podríamos afirmar que

existe una actividad que se realiza entre varios sujetos y que entre los mismos se presenta una distribución de tareas. En contra de la aplicación del principio de confianza, suele afirmarse la posición de garante (principio de defensa) de los miembros del equipo médico respecto del paciente.

Miremos otro caso,

El cirujano, previo a la finalización del acto quirúrgico, le solicita a la auxiliar de enfermería que revise cuántas compresas fueron utilizadas y que verifique de cuántas compresas se disponía al inicio de la intervención quirúrgica. Esta señala que las compresas se encuentran completas, sin verificar claramente esto, razón por la cual se procede a la realizar la sutura de la herida quirúrgica, quedando una de ellas dentro de la cavidad abdominal, la cual produce una obstrucción intestinal que requiere de la realización de un segundo procedimiento quirúrgico, con la necesidad de una hemicolectomía izquierda y la realización de una colostomía.

En la práctica médica, lo usual es que se realice en presencia de todos los miembros del equipo médico un conteo -a veces más de uno- de compresas al iniciar la sesión quirúrgica, y se realiza un nuevo conteo de compresas antes de proceder a la realización de la sutura. Si todo ha salido bien, el número de compresas al finalizar la sesión, debe corresponder exactamente al número de compresas con las que se inició el acto quirúrgico.

Lo determinante entonces es establecer qué sucede cuando ha habido un error en el conteo, ya sea en el inicial o en el final de las compresas, y equivocadamente se entiende que ya no hay material quirúrgico en el cuerpo del paciente, cuando en realidad si persisten algunos elementos en su humanidad.

Si bien todo apuntaría prima facie al reconocimiento del principio de confianza en estos casos, en tanto que existe una división de tra-

bajo, y una clara diferenciación de roles, y existe claridad sobre el responsable del conteo de compresas -usualmente el rotador-, la discusión apunta a una eventual aplicación del principio de defensa, que como mencionamos se opone al principio de confianza y excluye su aplicación- en tanto que todos los miembros del equipo médico y especialmente el jefe del mismo -cirujano- deben constatar la no presencia de material quirúrgico en el cuerpo del paciente.

Al respecto, en la paradigmática Sentencia referenciada anteriormente la Corte Suprema de Justicia (Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del dieciocho (18) de mayo de dos mil cinco (2005). Expediente No. 14415. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar) sostuvo lo siguiente:

“lo que se le reprochó al citado facultativo, y en general, a todos los partícipes del acto quirúrgico, fue no haber tenido el cuidado de examinar la cavidad donde se verificó, para constatar que no quedara en ella ningún cuerpo extraño, omisión que se consideró de mayor entidad respecto del citado profesional y de quien presidió la intervención, por tener a su cargo la vigilancia del quehacer de los demás, luego si esa fue la conducta culposa que se le endilgó, para devastarla tenía el recurrente que comprobar que no incurrió en la falta que se le imputó, porque no tenía a su cargo ninguno de los deberes de conducta de cuyo abandono se desgajó, nada de lo cual ocurrió, puesto que su dissentimiento a ese respecto se forjó alrededor del papel que jugó en el acto médico -primer ayudante-, que por lo demás, fue fidedignamente constatado por el sentenciador, y en la suposición de las pruebas que demostrarán que fue la persona “...que dejara dentro del vientre de la paciente, la compresa que, posteriormente, se encapsuló...” y que tuvo, “...durante la intervención quirúrgica (...) acceso al vientre de la paciente, para que pudiera haber allí dejado la compresa que motivó la reintervención de la señora”, esfuerzo que obviamente resulta vano, porque

si la culpa por negligencia de la cual se le sindicó, no provino de haber sido quien directamente introdujo y dejó en el abdomen de la víctima el elemento en cuestión, el juicio del fallador a ese respecto permanece indemne, porque en definitiva y debido al desenfoque del ataque, quedó libre de reclamo.”

Así pues, que, de conformidad con lo expresado anteriormente, en criterio de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, la responsabilidad -por supuesto, civil- en este tipo de eventos recae sobre todos los miembros del equipo médico quienes, a efecto de exonerarse de responsabilidad, no podrán excusarse en el principio de confianza.

Si trasportamos este concepto a la responsabilidad penal médica y, puntualmente, a la procedencia del principio de confianza para desvirtuar la creación de riesgos jurídicamente desaprobados, tendríamos que negar la procedencia de este principio y por ende afirmar la responsabilidad de todo el equipo médico.

Como se ha visto, la jurisprudencia anteriormente referenciada establece la responsabilidad de todos los profesionales de la salud que participan en el acto quirúrgico a partir del argumento según el cual todos los allí presentes podrían haber detectado la presencia del material quirúrgico en el cuerpo del paciente.

Consideramos que la aplicación del principio de confianza en casos como este es procedente, por lo que el criterio expuesto anteriormente no resulta aplicable al derecho penal, pues, como demostraremos a continuación, los presupuestos para su aplicación se cumplen perfectamente.

Como se señaló anteriormente, los presupuestos para la aplicación del principio de confianza son (i) la existencia de una actividad en conjunta o trabajo en equipo y (ii) la distribución de tareas entre los diferentes miembros del equipo médico.

El primero de los presupuestos para la aplicación de este principio debe darse por sentado,

pues en las condiciones actuales del desarrollo científico y profesional, es claro que para la realización de un acto médico quirúrgico de este tipo se requiere la presencia de un número plural de profesionales de la salud, sin importar la dificultad o aparente sencillez del acto quirúrgico.

El segundo requisito para la aplicación del principio de confianza es la asignación de tareas entre los miembros del equipo, y ello también se presenta, en este tipo de casos, pues en las cirugías intervienen una serie de profesionales especializados, quienes cuentan con una formación específica y una experiencia que hace que se encuentren capacitados para asumir el acto médico.

Y es que el avance científico no solamente se ha dado en materia de técnicas de cirugía, sino que también se da en materia de anestesiología, enfermería, instrumentación quirúrgica y demás, por lo que no puede hablarse de disciplinas auxiliares al médico que generarían relaciones dependientes de carácter vertical⁵⁷, sino que, por el contrario, se trata de situaciones en las que las relaciones son independientes y horizontales, presupuestos para la aplicación del principio de confianza⁵⁸.

Así, consideramos que todos los profesionales que se encuentran en la sala de cirugía podrán confiar en que quien realiza el conteo de compresas lo hará correctamente, y no podríamos exigir, v.gr. que el anestesiólogo tuviese que verificar la presencia de material quirúrgico en la

humanidad del paciente como lo plantea la sentencia anteriormente transcrita, pues ello dificultaría bastante el trabajo de los profesionales en la cirugía. Recordemos que precisamente el principio de confianza busca facilitar el trabajo en equipo, y señalar que todos los profesionales deban verificar la presencia de material quirúrgico en el cuerpo del paciente es, precisamente, dificultar el trabajo del equipo médico.

Lo anterior sin perjuicio de que señalemos señalar que verificar la presencia de material quirúrgico en el cuerpo del paciente no es siempre tarea fácil, pues, situaciones como la natural mimetización de las compresas con el organismo del individuo dificultan la detección de las mismas, por lo que el conteo de compresas o de material quirúrgico previo y posterior a la realización del acto quirúrgico aparece como el mecanismo idóneo para evitar resultados lesivos sobre la humanidad del paciente.

En este orden de ideas, es clara la procedencia del principio de confianza siempre y cuando todo el equipo haya estado presente tanto en el conteo inicial como en el conteo final y se hayan percatado que el mismo se realizó de manera adecuada.

4.2 Aplicación del principio de confianza en procedimientos experimentales

Otra dificultad para la aplicación del principio de confianza en materia médica está dada por su procedencia en los casos de procedimientos experimentales.

Ejemplifiquemos la problemática con el siguiente caso.

En desarrollo de una cirugía plástica, el cirujano decide intentar una nueva técnica de una liposucción en la que ha venido trabajando pero que no está formalmente aceptada. Como consecuencia de ello la paciente fallece. Iniciada la investigación se vincula penalmente tanto al cirujano plástico como al anestesiólogo, al considerar que

⁵⁷ Sobre relaciones verticales, GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. La Responsabilidad Penal del médico. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003. p. 427. Define las relaciones verticales como "los supuestos en los que el sentido de una red de interrelaciones que se genera entre los diversos participantes apunta a una relación jerárquica, esto es, a una relación entre médicos que se encuentran en diferente posición".

⁵⁸ Sobre la procedencia del principio de confianza en relaciones horizontales, GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. La Responsabilidad Penal del médico. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003. p. 409.

los dos son posibles responsables frente al resultado final, la muerte de la paciente.

En nuestro criterio, se trata de casos que pueden resolverse en la medida en que se parta de la creación de riesgos y su posterior realización en un resultado lesivo para un bien jurídico. Nótese como en este caso, el anesthesiólogo no creó riesgo alguno, en tanto que su competencia al interior del acto quirúrgico se limita a la preparación y aplicación del compuesto anestésico, el acompañamiento del paciente mientras esté bajo los efectos de la anestesia y la realización de maniobras de reanimación cuando ello fuere procedente.

En el supuesto analizado, no hay creación de riesgo desaprobado por parte del anesthesiólogo en tanto que claramente cumplió con los deberes que se desprendían de su rol.

4.3 Principio de confianza y manejo de equipos en desarrollo del acto médico

El tercer grupo de casos problemáticos para el principio de confianza se da respecto del manejo de equipos en desarrollo del acto médico. Ejemplifiquemos esta situación:

En desarrollo de una herniorrafia umbilical se utiliza un electrobisturi por ser un equipo que presenta grandes beneficios para el mejor manejo de la herida. La cirugía se desarrolla de manera satisfactoria, pero en sala de recuperación advierten que el menor sufrió una quemadura en uno de sus glúteos, la cual no era perceptible durante el acto quirúrgico.

Revisada la actuación se comprueba que la auxiliar de enfermería colocó la placa del electrodo neutro con suficiente gel en la zona glútea del paciente (zona indicada para la colocación) para que hiciera un buen contacto, y no obstante esto se produjo la quemadura. Igualmente los médicos utilizaron adecuadamente el equipo, y éste no dio ningún signo de alarma que permi-

tiera suponer que se estaba presentando una quemadura en el paciente.

Consideramos que, en estos supuestos es necesario hacer dos claridades: una respecto a la adquisición del instrumental y los equipos en general, y otra respecto al mantenimiento de los mismos.

En cuanto a lo primero, en la medida en que los equipos hayan sido adquiridos al fabricante, de manera legal y en tanto que se adquieran los adecuados para el manejo de la situación para la que están previstos, es procedente aplicar el principio de confianza frente al manejo de las cosas, en tanto que el profesional puede confiar en la idoneidad de los mismos.

Contrario sensu, no procederá este principio cuando la adquisición se haya hecho a intermediarios que no puedan dar fe del estado del equipo, o cuando se trate de adquisición de material que ya haya sido empleado con anterioridad.

En los eventos en que se ha adquirido el instrumental al fabricante y el mismo resulte defectuoso, la responsabilidad recaerá en este último, que es quien creó un riesgo jurídicamente desaprobado.

En cuanto al mantenimiento de los equipos, se establece que es una obligación del propietario de los mismos el velar por que se realicen periódicamente revisiones a los mismos, las cuales deberán efectuarse por personal cualificado para el efecto.

Consideramos que en la medida en que se demuestre que la entidad propietaria de los equipos ha realizado en debida forma el mantenimiento de los equipos y en desarrollo de la revisión se hayan cumplido con las medidas necesarias para mantenerlo en buen estado, el principio de confianza es aplicable y por ende no habrá imputación objetiva frente a eventuales resultados causados por los equipos. Por el contrario, cuando no se hayan cumplido con las medidas necesarias para verificar su buen estado, o el

cumplimiento de la misión para la cual se cuenta con los equipos, es procedente la imputación objetiva del resultado frente a quien los empleó con conocimiento de esta situación.

4.4 Principio de confianza y empleo de capacidades ajenas

El cuarto grupo de supuestos problemáticos para la aplicación del principio de confianza en materia de imputación objetiva en el escenario de la responsabilidad penal médica está dado por el denominado *empleo de capacidades ajenas*.

En este escenario, diremos que dentro de actividades en equipo, se acude generalmente a lo que la doctrina denomina el empleo de capacidades ajenas, el cual tiene su fundamento en la imposibilidad de dominar todos los conocimientos que se requieren para la realización adecuada de una determinada actividad.

A continuación expondremos la responsabilidad por falta de cualificación en el personal⁵⁹, dejando en claro que la misma se realizará, primero, de manera genérica, y posteriormente se analizarán algunos supuestos específicos.

Genéricamente, podemos sostener que la necesidad de emplear conocimientos ajenos es inherente al trabajo en equipo, por lo que, a manera de ejemplo, este supuesto se presenta entre el anestesiólogo y el cirujano, en tanto que el cirujano sabe que para realizar el procedimiento quirúrgico necesariamente se le debe suministrar anestesia al paciente, pero no se le puede exigir que sepa cuál anestésico es el de elección en el paciente, y en qué dosis; de la misma manera que al anestesiólogo no se le puede cuestionar por la técnica quirúrgica empleada en el procedimiento.

Ejemplo,

Para la adecuada atención de una mujer con una fractura de húmero se requiere que a ésta se le practique una radiografía. El médico sabe cuáles son las proyecciones que se deben ordenar, pero no se le puede exigir que las realice por no tener los conocimientos suficientes para ello. Para eso existen otros profesionales como son los radiólogos y los técnicos en radiología. Y más aún, el médico debe confiar plenamente en que la información que se le entrega sea la correcta, porque de ella dependerá el camino a seguir en el diagnóstico y terapéutica de la paciente.

Pasando al análisis específico de casos, tenemos que es necesario distinguir tres diferentes supuestos o hipótesis, es decir:

- Aquellos en los que la elección del equipo corre por cuenta del Cirujano (En adelante H1).
- Aquellos eventos en los que la elección del equipo se deriva de una vinculación con una institución (H2),
- Los eventos en que la elección del equipo la realiza directamente el paciente (H3).

Esta distinción entre los tres grupos de supuestos tiene una gran incidencia en cuanto a la definición de la fuente de la responsabilidad en el campo de la responsabilidad civil⁶⁰. En efecto, en el supuesto en que el paciente elija al equipo (H3), la responsabilidad será contractual frente a todos los miembros, mientras que en el evento en que sea el profesional el encargado de la conformación del equipo médico (H1) habrá una responsabilidad contractual entre el médico y el paciente y extracontractual entre los

⁵⁹ Sobre el punto, REYES ALVARADO, Yesid. Imputación objetiva. Ed. Temis, Segunda edición, Bogotá, DC. 1996. p. 156.

⁶⁰ Sobre la naturaleza de la responsabilidad médica en el campo civil, YEPES RESTREPO, SERGIO. La responsabilidad civil médica. Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, DC, 1999. P. 51. LÓPEZ MESA, Marcelo. Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino, francés, colombiano y comparado. Tratado de Responsabilidad médica. Marcelo J. López Mesa. Ed. Legis. Ed Ubijus, Buenos Aires, 2007. Pp. 1 y ss.

miembros del equipo y el paciente. En el otro supuesto (H3), es decir, cuando es la institución quien elige al personal, podría haber una vinculación contractual con la institución (IPS) y extracontractual frente a los miembros del equipo médico.

En nuestro sentir la distinción tiene igualmente unos efectos penales, como procedemos a demostrar a continuación.

El supuesto H1 se presenta con alguna frecuencia en la práctica, especialmente en las denominadas cirugías estéticas, donde el paciente elige un médico cirujano pero no conoce otros profesionales de la salud (enfermera, anesthesiólogo, instrumentador, etc.) por lo que encomienda al Cirujano de su confianza que nombre los integrantes del equipo médico.

Está visto cómo, en materia de responsabilidad civil, en este supuesto hay responsabilidad contractual frente al médico jefe y extracontractual frente a los demás miembros del equipo médico.

En el supuesto H1, a manera de ejemplo diremos que éste el mismo se presenta cuando el paciente decide realizarse una septorhinoplastia y elige al cirujano plástico que la efectuará, por su fama. Este, a su vez, conforma el equipo médico necesario para la realización del procedimiento, contratando al anesthesiólogo, la instrumentadora quirúrgica, las auxiliares de enfermería, etc.

El principio de confianza derivado del empleo de conocimientos ajenos obrará respecto de todos los integrantes del equipo médico, en la medida en que existen relaciones independientes y principales, así como una clara distribución de tareas.

En el supuesto H2, el paciente elige directamente todos o algunos de los miembros del equipo médico, contratando, en el ejemplo anterior, al anesthesiólogo, al rotador, la instrumentadora quirúrgica, la enfermera etc. En materia civil,

diremos que existen varias relaciones de tipo contractual entre el paciente y los miembros del equipo médico, por lo que la responsabilidad de los miembros del equipo se determinará por las reglas de la responsabilidad aquiliana.

En materia penal, igualmente operará el principio de confianza en este caso, al existir relaciones independientes y distribución de tareas entre los miembros del equipo médico. De esta manera, el médico cirujano no responderá por un error en la preparación o aplicación del compuesto anestésico o por un error en una maniobra de reanimación, competencias todas asignadas al anesthesiólogo. Así mismo, el anesthesiólogo no será responsable por los errores que se concreten en resultados lesivos pero que se encuentren en la órbita de competencia del médico.

El supuesto H3, se presenta cuando por ejemplo el paciente ingresa a una institución por urgencias, siendo necesario practicarle una cirugía y la institución hospitalaria designa tanto al médico cirujano, como al anesthesiólogo, al rotador, a la enfermera, etc., quienes están vinculados mediante contrato de trabajo con la institución.

Al igual que en los supuestos anteriores, en este caso es procedente la aplicación del principio de confianza, en tanto que se parte del presupuesto de que quienes laboran para la institución cumplen con unas calidades profesionales que les permitieron acceder a la misma, por lo que no creará riesgo jurídicamente desaprobado quien obra confiando en las capacidades de otro profesional.

Otro caso que se presenta con bastante frecuencia es la relación entre el médico y los laboratorios en los que el profesional de la salud solicita la práctica de exámenes a sus pacientes, y el laboratorio los realiza.

En estos supuestos, el médico puede confiar en que el laboratorio realizará los exámenes con la metodología adecuada, y que los mismos corresponderán a la realidad del paciente.

Ejemplo,

Para la adecuada atención de un paciente con pancreatitis se requiere, que a éste se le practique un cuadro hemático, una amilasa, una PCR, etc. El médico sabe que éstos son los laboratorios que debe ordenar, pero no se le puede exigir que los realice, ya que no posee los conocimientos suficientes para ello. De tal manera que la bacterióloga es la profesional experta para la realización de dichos exámenes. Y más aún, el médico debe confiar plenamente en que la información que se le entrega sea la correcta, porque de ella dependerá el camino a seguir en el tratamiento del paciente.

Para concluir, diremos entonces, que no es procedente la imputación objetiva en aquellos supuestos en que un miembro del equipo médico acude a otro profesional que está cualificado para la situación, en tanto que le es legítimo pensar que este último dispone de los conocimientos necesarios para la intervención y los aplicará al caso concreto.

Contrario a lo anterior, se presentan los casos de falta de cualificación en el personal, en los que se delega una determinada actuación a quien no está cualificado para asumirla, o, por el contrario, estando capacitado, no se encuentra en una situación tal que le permita aplicar sus conocimientos y destrezas a la situación en concreto.

Ejemplo. La enfermera jefe delega en la auxiliar de enfermería la función de tomar los signos vitales a un menor, y ésta informa que se encuentran dentro de los límites normales. Sin embargo el paciente presentaba una saturación de oxígeno de 87%.

En estos eventos, es impropio la aplicación del principio de confianza, y debemos recordar que el médico es el responsable por elegir quienes le colaboran, y, por el contrario, el principio de confianza operará en tratándose de personal seleccionado por la institución en la que labora el médico, quien podrá confiar en la destreza

y preparación de este personal médico sanitario⁶¹.

En el evento que las personas designadas no cumplan con las cualidades necesarias para el procedimiento de que se trate, el profesional debe vigilar que se cumplan sus instrucciones.

Surge la duda de la procedencia de la imputación objetiva en los eventos en que se presentan defectos de comunicación entre los miembros del equipo médico⁶².

Ejemplo,

El médico solicita a la enfermera jefe que le aplique al paciente 35 mg de amiodarona, y ésta le aplica 3,5 gr. El paciente sufre una falla hepática.

Doctrinalmente se dice que no es suficiente con la orden, sino que quien imparte la instrucción debe cerciorarse de que el destinatario de la misma la haya comprendido correctamente⁶³. Es por ello, que en la práctica médica se utiliza que quien recibe la orden repite el contenido de la misma, de manera que quien la imparte pueda cerciorarse del entendimiento de la solicitud. De ello se debe dejar constancia en la historia clínica o sus anexos.

Sin embargo, en la práctica existen casos en los cuales resulta difícil dejar este tipo de constancias, pensemos en una situación de extrema urgencia, como sucedería cuando, en desarrollo de una cirugía de alto riesgo el cirujano le solicita a la instrumentadora un instrumento determinado y ella puede entender que es otro. En

⁶¹ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. La Responsabilidad Penal del médico. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003. p. 430.

⁶² REYES ALVARADO, Yesid. Imputación objetiva. Ed. Temis, Segunda edición, Bogotá, DC. 1996. p. 157.

⁶³ REYES ALVARADO, Yesid. Imputación objetiva. Ed. Temis, Segunda edición, Bogotá, DC. 1996. p. 157. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. La Responsabilidad Penal del médico. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003. p. 431.

este caso deben básicamente será suficiente con que el médico se cerciore que la orden dada, fue entendida de manera adecuada, pudiendo prescindirse de la constancia de esta situación.

Problema

¿Podría imputarse responsabilidad al médico, por el hecho que hubiese ordenado suministrarle a la paciente 1 mg de morfina, que debía prepararse diluyendo 1 ml de morfina en 9 ml de solución salina y la enfermera lo prepara 9 ml de morfina y 1 ml de solución salina, cuando es el mismo médico el que ha suministrado directamente al paciente la morfina?

Consideramos que en este caso, en la medida en que el médico haya dado la instrucción correcta, se haya cerciorado de su comprensión por parte de la enfermera, no podrá imputársele el resultado lesivo que se ocasione en la vida del paciente, cuya imputación se haría a la enfermera.

5. BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique, *Principios de derecho penal*. Parte General. Ed. Akal, Quinta Edición. Madrid, 1997.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. *Lecciones de derecho penal. Parte General*. Ed. Praxis. Segunda Edición. Barcelona, 1999.
- BERNATE OCHOA, Francisco. *La legitimidad del derecho penal*. Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, DC, 2006.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Imputación objetiva en derecho penal*. Instituto Peruano de ciencias penales. Lima, 2002.
- FRISCH, Wolfgang. *La imputación objetiva. Estado de la cuestión*. En: FRISCH, Wolfgang y otros. Sobre el estado de la teoría del delito, Ed. Civitas, Madrid, 2000.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*. Ed. B de f. Montevideo, 2007.
- GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La Responsabilidad Penal del médico*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- JAKOBS, Günther.
Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal. Traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel y FEIJÓO SÁNCHEZ, Manuel. Civitas, Madrid, 2003.
Culpabilidad y prevención. En: Estudios de derecho penal. Ed. Civitas, Madrid, 1997.
El delito imprudente. En: Estudios de derecho penal. Ed. Civitas, Madrid, 1997.
Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos. En: Estudios de derecho penal. Ed. Civitas, Madrid, 1997.
Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Segunda Edición. Traducción de CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. Ed. Macial Pons Madrid, 1997.
El concepto jurídico penal de acción. En: Estudios de derecho penal. Ed. Civitas, Madrid, 1997.
La omisión: Estado de la cuestión. En: FRISCH, Wolfgang y otros. Sobre el estado de la teoría del delito, Ed. Civitas, Madrid, 2000. P. 133
- JESCHECK Hans-Heinrich y WEIGEND Thomas. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Traducción de OLMEDO CARDENETE. Quinta edición. Ed. Colmenares. Granada, 2002.
- LÓPEZ MESA, Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino, francés, colombiano y comparado*. Tratado de Responsabilidad médica. Marcelo J. López Mesa. Ed. Legis. Ed Ubijus, Buenos Aires, 2007.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*. Quinta Edición, Ed. Corregrafic. S.L. Barcelona, 2002.

MUÑOZCONDE, Francisco, GARCÍAARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2004.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*. En: JAKOBS, Günther, Estudios de derecho Penal. UA Ediciones. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1997.

REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. Ed. Temis, Segunda edición, Bogotá, DC. 1996.

ROXIN, Claus.

Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Ed. Civitas. Madrid, 1997.

Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el derecho penal. En: ROXIN, Claus. Problemas básicos del derecho penal. Trad

de LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Ed. Reus, Madrid, 1991.

TERRAGNI, Marco Antonio. *El delito culposos en la actividad médica*. Ed. Rubinzal - Culzoni. Buenos Aires, 2003. P. 202.

VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*. Ed. Hammurabi. Buenos Aires, 2002.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán. Parte General*. 11 Edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970

YEPES RESTREPO, SERGIO. *La responsabilidad civil médica*. Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, DC, 1999.

ZAFFARONI. Eugenio Raúl. ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000.