

Responsabilidad penal médica: comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, del 29 de junio de 2016, radicado 41245. M.P. José Luis Barceló Camacho

PABLO JOSÉ GUERRA HERNÁNDEZ¹
MARIANA TORO TABORDA²

La responsabilidad médica representa, en la actualidad, un tema de discusión central en la jurisprudencia penal³. En efecto, la difusión en los medios de comunicación de casos de intervenciones médicas con resultados diferentes a los esperados o incluso fatales, han actualizado el debate sobre la responsabilidad del personal médico en el ejercicio de su profesión.

Es en tal contexto que la Corte Suprema de Justicia profiere la sentencia SP8759-2016, generando gran revuelo en el gremio, y en general, en la comunidad. Ello no solo por lo gravoso del resultado producido, sino además, porque la comunidad médica ha manifestado su gran preocupación ante una condena que, según se aduce, serviría de precedente para que el ejercicio de la medicina se convirtiera en una actividad que desconoce los márgenes del error humano.

Esta providencia pone de presente problemáticas propias de la imputación objetiva, y cuestiones referentes a la autoría y la participación, que como se verá, son resueltas por la Corte de manera discutible.

1 Estudiante de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, Medellín, Colombia.
Contacto: pguerra2@eafit.edu.co

2 Estudiante de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, Medellín, Colombia.
Contacto: mtorota@eafit.edu.co

3 Sobre el particular véanse las sentencias de la Corte Suprema de Justicia del 26 de junio de 2013, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero, rad. 38904, y del 11 de abril de 2012, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán, rad. 33920.

1. Caso

El caso en cuestión es relatado por la Corte Suprema de Justicia así: “El 24 de julio de 2007, el patólogo Dr. José Édgar Duque Echeverry emitió el informe de patología No. P07-1634, en el cual reportó el hallazgo de carcinoma ductal de tipo tubular con cambios fibroquísticos en el tejido mamario de la paciente María Teresa Restrepo Cañón. El resultado del estudio de patología no fue confirmado o descartado mediante la práctica de exámenes adicionales. Con fundamento en el citado informe y considerando que se trataba de un cáncer invasivo, el médico oncólogo, Dr. Jaime Ramón Rubiano Vinuesa, determinó que el tratamiento a seguir era la extirpación total del seno derecho de la señora Restrepo Cañón, con vaciamiento de ganglios, procedimiento que realizó el 3 de septiembre de 2007. Un nuevo examen al tejido extraído, realizado por la patóloga María Teresa Ramírez Echave, estableció que no se trataba de una lesión maligna, sino de una adenosis esclerosante, lesión de naturaleza benigna”.

2. Problema jurídico

Dentro del caso en cuestión se puede observar que –aunque la Corte no hace referencia a todas- existen varias problemáticas de interés. De ellas, la Sala de Casación sólo se ocupa en profundidad, de la discusión acerca de la imputación objetiva del resultado al impugnante.

De la mano de lo anterior, y para defender los intereses del procesado, la defensa argumenta que a partir de los testimonios presentados por profesionales de la materia, en instancias anteriores, no es acertado afirmar que el doctor Duque Echeverry hubiera infringido el deber objetivo de cuidado. Según se aduce, existían dos opciones diagnósticas en el caso concreto, y aquella por la que optó el patólogo fue acertada dada la historia clínica y los antecedentes familiares del paciente. Siendo así, resultaba adecuado omitir la realización de un nuevo análisis sobre la muestra que confirmara el primer diagnóstico, sin que ello implicara una infracción al deber objetivo de cuidado.

En el punto se hace necesario precisar que para las intervenciones médicas, como la que se analiza, el deber objetivo de cuidado viene determinado por la *lex artis*, criterio sobre el cual no existe unanimidad en la comunidad médica. Como ejemplo de ello, se puede observar que en este caso existen varios testimonios que sugieren, de manera discordante, lo que un médico en la posición del procesado debería hacer.

Adicionalmente, la defensa argumenta que el resultado estuvo determinado por la actuación de otros profesionales que también participaron en el tratamiento, ya sea diagnosticando la patología, o practicando el procedimiento específico. Al respecto, se señala que si el ginecólogo hubiera identificado debidamente las muestras que el patólogo debía analizar, incluso ante la existencia de un análisis errado, la intervención a seguir no habría sido tan invasiva. Igualmente, se arguye que si era indispensable que el patólogo realizara un segundo análisis de las muestras, el cirujano no debía haber operado ante la ausencia del mismo. En esta línea argumentativa, se indica que la actuación del patólogo no fue aislada, sino que vino determinada por las decisiones médicas tomadas anteriormente por otro profesional, quién en efecto infringió el deber objetivo de cuidado.

La Corte, antes de responder a los argumentos referentes a la imputación objetiva, comienza por hacer un recorrido por su jurisprudencia en el tema, siendo el único al que se refiere, puesto que a su juicio, es el de mayor importancia. A tal argumento la Corte responde que dada la dificultad inherente, en el caso particular, a la diferenciación entre una lesión benigna y una maligna, la *lex artis* exigía que el patólogo realizara un segundo examen que soportara el primer diagnóstico. Así mismo señala que el doctor Duque Echeverry, por conocer —mediante la historia clínica- el error en el que incurrió el ginecólogo al no identificar las muestras, debía ser incluso más cuidadoso, puesto que las consecuencias de un diagnóstico errado podrían ser nefastas para la paciente. En este caso, la Corte entiende que hubo una conducta negligente en la actuación del patólogo, al no incrementar el cuidado empleado en el análisis de las muestras, a sabiendas de ser él, y no el ginecólogo, quién tenía —en ese momento- la posición de garante.

Así mismo, se afirma que dada la vasta experiencia y preparación del doctor Duque Echeverry, él debía tener conocimiento acerca de la dificultad de diferenciar el tipo de carcinoma que había identificado, con una lesión benigna, y que por ende, debía haber realizado un segundo análisis que comprobara el diagnóstico. Ello se sustenta a partir de la existencia de peritajes e informes ofrecidos durante el proceso, que dan cuenta de la utilidad del estudio omitido por el patólogo, para diferenciar las patologías mencionadas.

Se plantea que si bien se presentaron testimonios acreditando que el hallazgo reportado por el patólogo no ameritaba un análisis adicional, también existe una doctrina de pensamiento en la materia, que plantea que ante la duda es necesario realizar dicho estudio; así lo expresan otros testimonios, también acreditados a lo largo del proceso. A partir de ellos, la Corte determina que el procedimiento omitido por el galeno es útil para esclarecer y acercarse a un diagnóstico acertado.

También se argumenta en la sentencia que, si bien en ciertos casos el estudio realizado por el patólogo es suficiente para llegar a una conclusión que no admita duda, en el caso particular no lo fue. La Corte afirma, además, que la observación arquitectural del tejido no es susceptible de reproche. Lo que se critica por su parte, es la actuación ante las circunstancias que rodearon el caso (antecedentes familiares, omisiones del médico ginecólogo, entre otras), puesto que como consecuencia de las mismas, se esperaba que se acudiera al examen especializado.

3. Análisis

Un análisis detenido del caso en cuestión, evidencia que la posición asumida por la Corte con relación al mismo puede resultar poco ajustada a las garantías que se derivan de las normas penales y procesal-penales del ordenamiento. En efecto, la sentencia da prevalencia a la retribución por la afectación de los bienes jurídicos de la víctima, frente a los derechos del procesado y los criterios establecidos en la ley para determinar la responsabilidad penal.

Frente al primer argumento de la Corte, que hace referencia al modo de proceder que exige la *lex artis*, se puede observar que si bien es cierto que el sujeto tenía posición de garante, no es cierto que debía actuar de una manera precisa y prestablecida, puesto que la ciencia médica no es exacta, y permite frente a un caso particular, desplegar diferentes conductas, siendo acertada cualquiera de ellas. Así pues, el análisis realizado en la sentencia es problemático, en tanto analiza *ex post* la conducta del patólogo, determinando cuál era el cuidado objetivo a partir del resultado. De tal forma, se realiza un examen acerca de cuál de todas las conductas que era posible —y prudente— desplegar, habría evitado el resultado con seguridad, para afirmar luego que en realidad sólo puede considerarse prudente la conducta adecuada para impedir la lesión, y que, dado que el sujeto no la ha desplegado, debe responder por la misma.

Dicho análisis desconoce que la ciencia médica sólo sugiere un modo de proceder, pero no asegura un determinado desenlace. De tal forma que es posible producir resultados lesivos —como el efectivamente producido en el caso— siguiendo los lineamientos de la *lex artis*. Sostener algo diferente, como parece hacer la Corte, llevaría al absurdo de considerar que siempre que se produce un resultado lesivo, el mismo es consecuencia de la infracción de un deber objetivo de cuidado. Contrario a ello, la imputación objetiva como primer paso en la determinación de la tipicidad de la conducta, requiere que se supere el riesgo permitido⁴, cuando la

4 ROXIN, CLAUDIA, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Civitas, 2006.

actividad que se desarrolla es, de por sí, riesgosa. Esto implica que hay casos en que la conducta puede ser atípica, precisamente porque no se han infringido las normas de cuidado –que para este caso provendrían de la *lex artis*- que determinan los límites de riesgo permitido. Esta exigencia se confirma en el derecho positivo colombiano. En efecto, si el artículo 23 del Código Penal exige, para que la conducta sea culposa, que el resultado típico se produzca como consecuencia de una infracción al deber objetivo de cuidado, es precisamente porque es factible que incluso actuando conforme al cuidado debido, se produzcan resultados lesivos. No obstante, como puede observarse en este caso, el análisis de la Corte se realiza de modo inverso⁵, adaptando los elementos de la responsabilidad penal, de tal forma que ante un resultado como el producido no parezca posible argumentar que no hubo tal violación al deber objetivo de cuidado.

Lo anterior no varía ante la consideración de que el sujeto se encontraba en posición de garante. Ciertamente, conforme a lo previsto en el art.25 del CP, la relación entre el médico y el paciente hace que surja un deber jurídico, para el primero, de desplegar las acciones necesarias para no generarle daño al segundo. Sin embargo, incluso en estos casos, es necesario que el sujeto infrinja el cuidado debido para que pueda entenderse que debe responder penalmente por los resultados lesivos que le correspondía evitar. A ello se suma que la responsabilidad del patólogo no se incrementa –como argumenta la Corte- por el hecho de que el ginecólogo no hubiera identificado debidamente las muestras. De hecho, aquél actuaba amparado por el principio de confianza, puesto que este opera en situaciones de “trabajo en equipo, al interior del cual las funciones están delimitadas”⁶. Así pues, en casos como el que compete al presente texto, el principio debe regir. Si no fuera así, el ejercicio de la medicina no tendría la eficiencia que se requiere cuando lo que está en juego es la vida.

Ahora bien, la consideración de la Corte según la cual, la *lex artis* exige que en casos semejantes se realice un análisis subsiguiente, se desvirtúa precisamente, porque la doctrina médica no es pacífica sobre el particular. Al señalar lo contrario, parece obviarse en la sentencia la garantía del *in dubio pro reo*. Es claro, si se verifica

5 De hecho, en sentencia de rad. 32582, del 28 de octubre de 2009, M.P. Javier Zapata Ortiz, la Corte admite que en sus fallos no aplica de manera integral la Teoría del Tipo Objetivo, por considerarla excesivamente normativista. Ello resulta preocupante si se tiene en cuenta que una de las labores que cumple la doctrina es, precisamente, establecer parámetros que permitan racionalizar la interpretación y aplicación de las normas. Siendo así, debe entenderse que corresponde a la Corte una mayor carga argumentativa en aquellos casos en que decida apartarse de dichos criterios.

6 BERNATE OCHOA, FRANCISCO, “Responsabilidad penal médica, trabajo en equipo y principio de confianza”, en *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XI, núm. 21, enero-junio, 2008, p. 69.

el contenido del art. 7° del Código de Procedimiento Penal, que existiendo criterios discordantes entre profesionales de la materia, el censor debe acoger aquél que resulte más favorable al procesado. Lo anterior, no sobra recordar, es una derivación necesaria de la garantía constitucional de presunción de inocencia, que exige que se prueben todos los elementos de la responsabilidad penal, más allá de toda duda razonable. En el caso particular se hace evidente, además, que la Corte no debió elegir el criterio que consideraba más lógico, sino aquél que resultaba probatoriamente más beneficioso a la situación del procesado, no sólo porque así lo exigiera la ley, sino porque los miembros de la Rama Judicial no tienen los conocimientos técnicos necesarios para tomar partido señalando que uno de ellos es ajustado a la *lex artis* y el otro no. Sabiendo entonces que en los testimonios había discordancias acerca de cuáles procedimientos se debían llevar a cabo, se debía favorecer –a colación del *in dubio pro reo*- al galeno sobre cuya responsabilidad recaía la duda.

De hecho, cuando se hace referencia en la sentencia al procedimiento omitido por el patólogo, se señala que el mismo es “útil” para esclarecer la duda que puede surgir en casos como el que se comenta. Se hace entonces cuestionable que la Corte haya tomado una decisión del modo en que lo hizo, siendo consciente que el examen se definía como “útil”, más no indispensable. Si se le hubiera dado tal carácter, dicho argumento habría tenido más fuerza, pero ni siquiera así habría sido suficiente, dada la existencia de otros testimonios discordantes. Adicionalmente, la Corte ignora que solo tiene sentido hablar de la utilidad de estudios como el omitido, cuando el médico encargado de realizar el diagnóstico – en este caso el patólogo- tiene dudas acerca de la corrección del mismo. Así pues, dado que para el procesado el diagnóstico era claro, no había razón para evaluar la posibilidad de verificarlo, puesto que –contrario a lo que afirma el censor- no es diáfano que ante un diagnóstico semejante deba siempre existir una duda, que amerite la realización de un segundo estudio.

Ahora bien, la Corte argumenta que atendiendo a las nefastas consecuencias que se derivarían de un falso diagnóstico de cáncer para la paciente, el patólogo debía extremar el cuidado empleado y realizar un segundo análisis. Dicha posición ignora que la realización del mismo requiere que se postergue una posible cirugía, que de haber sido acertado el diagnóstico inicial, habría podido ser determinante para proteger la vida de la paciente. Es inevitable entonces preguntarse cuál habría sido la decisión de la Corte si el primer diagnóstico hubiera sido acertado y la conducta del patólogo hubiera sido la que en la sentencia se le exige, teniendo como

consecuencia la muerte de la paciente por la no realización oportuna de la cirugía⁷. Nótese cómo la pregunta modifica las consecuencias del argumento esbozado en la sentencia: si el patólogo debía extremar el cuidado, lo indicado era optar por aquella opción que protegiera la vida de la paciente, por encima incluso de aquella que asegurara su integridad personal. Así pues, aun aceptando la posición adoptada en la providencia, es claro que el patólogo obró de manera diligente, puesto que para el momento en que el actuó ambos resultados eran previsibles, pero aquél que podría derivarse de adoptar la conducta exigida por la Corte, era mucho más gravoso que el derivado de la conducta efectivamente adoptada por él. De hecho, parece tener más sentido pensar que en un caso semejante dicha decisión debe estar en manos del paciente, quién es en últimas el titular de los bienes jurídicos en juego. Siendo así, más allá de establecer si el patólogo debía o no optar por realizar un segundo análisis, la discusión debe centrarse en la importancia de que ante diagnósticos que son susceptibles de ulterior comprobación, se informe al paciente de las alternativas con las que cuenta, y las consecuencias de optar por una u otra.

Dejando a un lado los argumentos propios de la imputación objetiva, puede verificarse además que la Corte confirma la condena del sujeto, y señala que el mismo es responsable como coautor. Esta conclusión resulta especialmente peculiar si se tiene en cuenta que dentro del caso no se habla de más autores, y que la coautoría exige que concurren por lo menos dos personas. La negativa a atribuirle la calidad de *autor inmediato* y no de *coautor*, responde, según lo que se puede leer en la sentencia, a que no podría considerarse autor inmediato a quién no ha participado en la fase ejecutiva del delito. De ello pareciera derivarse entonces que a juicio de la Corte también se debía atribuir responsabilidad penal por el hecho al cirujano. No obstante, resulta una contradicción jurídica evidente que una vez el cirujano ha sido absuelto de toda responsabilidad en una instancia anterior, decida la Corte realizar un nuevo juicio —del que obviamente no podían derivarse consecuencias prácticas— acerca de la actuación del sujeto, únicamente con el fin de escapar a la objeción que ella misma plantea frente a la imputación de responsabilidad al patólogo, a título de autoría inmediata. Por lo demás, cabe recordar que el cirujano actuaba amparado por el principio de confianza, por lo que su conducta debe considerarse atípica. Siendo así, la situación pareciera acomodarse mejor a la figura de la autoría mediata, en tanto la misma se da cuando el sujeto que actúa imprudente o dolosamente, se vale de otro que determina objetiva y positivamente el hecho⁸.

7 Este es también el argumento planteado por la Asociación Colombiana de Sociedades Científicas, al manifestarse en contra de la sentencia. Disponible en <http://www.elcolombiano.com/colombia/salud/polemica-por-condena-a-medico-que-se-equivoco-al-diagnosticar-cancer-de-seno-EX4653475>

8 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona, PPU, 1991, p.646.

Bibliografía

- BERNATE OCHOA, FRANCISCO, "Responsabilidad penal médica, trabajo en equipo y principio de confianza", *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XI, núm. 21, enero-junio, 2008.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia del 26 de junio de 2013, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero, rad. 38904.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia del 11 de abril de 2012, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán, rad. 33920.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia del 11 de abril de 2012, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán, rad. 33920.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia del 28 de octubre de 2009, M.P. Javier Zapata Ortiz, rad. 32582.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona, PPU, 1991.
- <http://www.elcolombiano.com/colombia/salud/polemica-por-condena-a-medico-que-se-equivoco-al-diagnosticar-cancer-de-seno-EX4653475>
- ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Civitas, 2006.