

TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADOS

*Responsabilidad médica: Análisis de la condena penal al patólogo que no usó examen de inmunohistoquímica*

ESTUDIANTES

DANNA ALEJANDRA CHARRY CONTRERAS

&

JESÚS DAVID ZAMBRANO MARTÍNEZ

DIRECTOR

ANGELO SCHIAVENATO RIVADENEIRA

FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD EL BOSQUE

2022

***Responsabilidad médica: Análisis de la condena penal al patólogo que no usó examen de inmunohistoquímica.***

Universidad El Bosque  
Facultad de derecho  
Bogotá, Colombia  
Copyright 2022 ©

***Medical liability: analysis of the criminal conviction of the pathologist who did not use the histoimmunochemistry test.***

Danna Alejandra Charry Contreras\*, Jesús David Zambrano Martínez\*\*.

Director: Angelo Schiavenato Rivadeneira.

## **Resumen**

La responsabilidad médica funge un papel fundamental en la sociedad Colombiana, es por ello que abordaremos los criterios de la responsabilidad civil extracontractual y elementos de la responsabilidad penal en cabeza de un médico especialista en patología clínica, condenado por el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Función de Conocimiento de Cali por el delito de lesiones personales culposas, decisión confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, cuyo análisis le correspondió a la Corte Suprema de Justicia en sede de casación, resultado que fue desfavorable para el galeno quien interpuso el recurso extraordinario, y posteriormente en sede de revisión de tutela contra providencia judicial, en donde incluso llegó a pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, corporación que el 14 de julio de 2017 a través de la sentencia T-604-17 cerró el último peldaño de la discusión judicial al resolver negar la tutela de los derechos fundamentales invocados por el médico especialista. Este artículo se encargará de analizar cada uno de los elementos discutidos en las decisiones judiciales mencionadas, para así abordar la base técnica que sirvió de fundamento probatorio para el precedente judicial y con ello analizar las consecuencias tanto jurídico procesales como frente a la comunidad médica, para al final proponer por qué se considera un precedente peligroso para

los profesionales de la salud y demostrar que las decisiones de primera y segunda instancia, yerran en el punto de la necesidad de la pena y el alcance de la misma.

**Palabras clave**

Responsabilidad médica, imputación objetiva, riesgo permitido, conducta penal, responsabilidad civil, inmunohistoquímica, patología, carcinoma ductal de tipo tubular, adenosis esclerosante, lex artis, necesidad de la pena.

**Abstract**

The medical liability plays a fundamental role in Colombian society, that is why we will address the criteria of tort liability and elements of criminal liability in the head of the physician specialist in clinical pathology, convicted by the Seventh Municipal Criminal Court of Cali for the crime of culpable personal injury, decision confirmed by the Criminal Chamber of the Superior Court of Cali. D, convicted by the Seventh Municipal Criminal Court with Knowledge Function of Cali for the crime of culpable personal injuries, decision confirmed by the Criminal Chamber of the Superior Court of Cali, whose analysis corresponded to the Supreme Court of Justice in cassation, result that was unfavorable for the doctor who filed the extraordinary appeal, and subsequently in the venue of review of tutelage against judicial ruling, where it even reached pronouncement by the Constitutional Court, corporation that on July 14, 2017 through judgment T-604-17 closed the last rung of the judicial discussion by resolving to deny the tutelage of the fundamental rights invoked by the aforementioned specialist physician. This article will be responsible for analyzing each of the elements discussed in the aforementioned judicial decisions, in order to address the technical basis that served as the evidentiary basis for the judicial precedent and thereby analyze the consequences both legally procedural and vis-à-vis the medical community, to finally propose why it is considered a dangerous precedent for health professionals and demonstrate that the decisions of first and second instance, are mistaken on the point of the need for the penalty and the scope of the same.

**Key words**

Medical liability, objective imputation, permissible risk, criminal conduct, civil liability, immunohistochemistry, pathology, tubular ductal carcinoma, sclerosing adenosis, lex artis, necessity of the penalty.

## **Introducción.**

El creciente aumento de responsabilidades en cabeza de los profesionales del sector salud que se ha propiciado desde el punto de vista jurídico a lo largo de la última década, ha generado la necesidad de que los operadores deban formarse de manera sólida y precisa sobre las eventuales circunstancias constitutivas de riesgo que puedan comprometer su responsabilidad. La responsabilidad médica constituye tan solo una parte de lo que estudia el Derecho Médico, este estudio puntual compromete los elementos que permiten atribuirle responsabilidad de carácter civil, disciplinario, ético y penal a un profesional de la salud que cuente con tarjeta profesional de médico en Colombia<sup>1</sup>.

Los médicos especialistas en Colombia pasan un entrenamiento “residencia” que varía entre 3 a 7 años dependiendo de la especialidad en la que se enfoquen. En punto de la patología es una especialidad que requiere entre 3 a 4 años<sup>2</sup> de residencia, y su entrenamiento consta de un amplio estudio de la estructura celular para intentar explicar las causas de las enfermedades desde lo morfológico hasta lo molecular.

En este documento, se propone realizar un análisis completo de la responsabilidad médica con enfoque en responsabilidad civil extracontractual y responsabilidad penal, al encontrar un amplio vacío en la doctrina jurídico médica teniendo en cuenta el resultado del proceso en contra del médico patólogo, quien fue condenado por la jurisdicción penal como resultado de la imputación objetiva que se realizó en cabeza de este, por un error en el diagnóstico sobre una paciente que tuvo como resultado la pérdida de su seno derecho.

Lo anterior, por las graves consecuencias que pueden repercutir en el sector de la salud, ya que producto de la condena, puede causar desasosiego en los especialistas, quienes ya no querrán diagnosticar pacientes de manera eficaz y eficiente, causando un perjuicio mayor en cabeza de los pacientes en Colombia, es por ello que el derecho, al ser la ciencia que se encarga de regular las conductas humanas, debe intervenir de tal forma que se minimicen los resultados

---

<sup>1</sup> Una posición minoritaria incluso promueve responsabilidad médica para estudiantes de medicina en materia de derecho médico existe X y Y precedente, debe distinguirse la responsabilidad civil , penal que configura a cualquier persona sin que sea necesariamente un médico , en la que se incluye a estudiantes, médicos internos quienes no han recibido tarjeta profesional de médico y por lo tanto escapan de la esfera de discusión de este artículo.

<sup>2</sup> Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, “plan de estudios Especialización en Patología”

adversos en la sociedad, la intervención de la jurisdicción penal transmitió a la sociedad una advertencia que debe ser considerada como la última ratio y, no como en el particular que fue la primera opción.

El objetivo general del presente artículo es determinar si, ¿era necesaria la intervención primaria de la jurisdicción penal en el caso objeto de estudio? y, por otro lado, como objetivos específicos se busca determinar la responsabilidad que recae en cabeza del patólogo y si ¿existe una sanción jurídica alterna menos gravosa, que no repercuta en un mensaje preocupante para la comunidad médica?.

Para ello se analizaran de manera completa todas y cada una de las instancias procesales en las que incurrió el galeno condenado, para entender las razones de las distintas autoridades judiciales, entre ellas la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, recordando que este íncrito caso inició en el año 2012 y culminó en el 2017, es decir es un tema actual que acarrea consigo múltiples consecuencias y sobre todo contiene una magna importancia jurídica, especialmente en el tema de la responsabilidad médica, ello a través de un enfoque cualitativo que, como lo dispuso el jurista Lino Arazamendi<sup>3</sup>, este tipo de investigación se orienta a describir y comprender una determinada situación o fenómeno, en el que prevalece el análisis y práctica de los valores ya que influyen en el análisis de los problemas y la construcción de las teorías y modelos jurídicos.

Con base en lo anterior se responderán las siguientes preguntas jurídicas, (i) ¿Era necesario intervención de la jurisdicción penal o debía ventilarse a la luz de la responsabilidad civil extracontractual?; (ii) ¿Se configuraron los elementos de la imputación objetiva? y; (iii) ¿Era necesaria la pena?.

### **1. Caso objeto de estudio.**

Para abordar el caso que se discutirá a lo largo de este documento se realizará el resumen de las siguientes sentencias: 1.1. Primera instancia, 1.2. Apelación, 1.3. Casación, y 1.4. Tutela.

#### **1.1. Juzgado Séptimo Penal Municipal con Función de Conocimiento de Cali.**

---

<sup>3</sup> Arazamendi Lino, Investigación Jurídica (2015, p. 148)

En sentencia No. 143 del 19 de diciembre de 2012 el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Función de Conocimiento de Cali, emitió fallo condenatorio por el delito de lesiones personales culposas en contra de un médico especialista en patología clínica, con fundamento en lo que expondremos a continuación.

En primer lugar, la sentencia mencionó los hechos que dieron lugar al proceso adelantado en contra de dos médicos, allí se estableció que el día 24 de julio de 2007 el galeno condenado, emitió un informe de patología en donde erróneamente anota que una paciente, padecía de carcinoma ductal de tipo tubular con cambios fibroquísticos<sup>4</sup>, razón por la cual el médico oncólogo decide realizar la extirpación total del seno derecho y vaciamiento de ganglios. Sin embargo, tiempo después se descubrió por otros estudios que la paciente no tenía cáncer, haciendo innecesario el tratamiento realizado. Como consecuencia de las acciones u omisiones de los médicos el Instituto de Medicina Legal estableció como secuelas deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente.

En la formulación de acusación La Fiscalía llamó a juicio a los médicos ya mencionados, por el delito de lesiones personales culposas, previsto en los artículos 111, 113 inciso 2 del Código Penal, en concordancia con el artículo 120 y 117 de la misma normatividad.<sup>5</sup>

Ahora bien, respecto a las consideraciones el despacho en primera medida abarca el desvalor de los delitos culposos, que se encuentra en el incumplimiento por parte del sujeto activo de la obligación que tiene de actuar de manera cuidadosa, es decir, en el proceder negligente, imprudente, imperio o contrario a las normas legales.

Posteriormente el Juzgado introdujo la teoría del delito, que ha desarrollado los criterios de imputación para explicar de una forma más coherente el delito imprudente, abandonando en consecuencia aquellas posiciones inspiradas en el marco del causalismo.

De acuerdo a lo anterior, el despacho enfatiza que el tipo objetivo del delito imprudente se satisface con la teoría de la imputación objetiva, explicando que cuando un comportamiento ha creado un peligro para el objeto de la acción por fuera del riesgo permitido y a consecuencia de dicho peligro se realiza un determinado resultado lesivo, tal hecho es atribuible al sujeto.

---

<sup>4</sup> El carcinoma ductal de tipo tubular con cambios fibroquísticos, hace referencia a un tipo de cáncer en el seno, que comienza en los conductos lácteos que transportan la leche desde los lobulillos al pezón.

<sup>5</sup> Las lesiones personales en Colombia se dividen en: Dolosas que se realizan con la voluntad de ocasionar daño a la víctima, y culposas, que por el contrario se realizan sin la intención de ocasionar un perjuicio a la víctima.

En el caso objeto de estudio, lo que dió origen a las lesiones investigadas tuvo ocasión al desempeño profesional de la salud, por lo que se deben tener en cuenta los conocimientos de quienes intervinieron en la concreción del resultado. Ahora bien, desde la perspectiva del derecho penal, existe la posibilidad de realizar una imputación objetiva de resultado si el médico tratante, estando en condiciones de ajustar su conducta a los dictados de la *lex artis*, no lo hace y con su accionar incrementa el riesgo para el paciente, o impide una disminución considerable de dicho riesgo que posteriormente se concreta en el resultado lesivo del bien jurídico.

A lo largo del proceso se comprobó que el carcinoma ductal tubular desde el punto de vista clínico y de su estructura física es similar o casi idéntico al adenosis esclerosante que es una lesión benigna, por lo cual siempre que se determina el carcinoma ductal de tipo tubular es posible que sea adenosis esclerosante y que un examen de inmunohistoquímica es una forma de confirmar o descartar la existencia de una enfermedad maligna o benigna. Prueba que fue omitida por el patólogo para tener mayor certeza sobre el diagnóstico, lo que llevó al despacho a afirmar que existió un incremento injustificado del riesgo que luego se concretó en el resultado lesivo para la víctima, dado que para la adenosis esclerosante que padecía la paciente el tratamiento a seguir no era la extirpación de la glándula mamaria.

El despacho especificó que quien faltó al deber de cuidado fue el especialista en patología, porque el dominio del hecho, el conocimiento, procedimiento y metodología científica estaba a su cargo y dentro de su ámbito de competencia, que tenía el deber de evitar o disminuir al máximo el riesgo para impedir que se concretará el resultado, lo cual estaba dentro de sus posibilidades al realizar la prueba inmunohistoquímica y no lo hizo sabiendo la dificultad diagnóstica de la enfermedad, lo cual conlleva un riesgo que en el caso estudiado es absolutamente desaprobado dada la formación y experiencia profesional del galeno.

Por los argumentos expuestos el despacho decidió condenar al médico especialista en patología clínica, a una pena principal de seis meses y doce días de prisión y multa de 6.932 SMLMV al hallarlo autor penalmente responsable del delito de lesiones personales culposas. Igualmente, el Juez condenó al galeno por el mismo término de la pena principal a la pena accesoria<sup>6</sup> de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por último, también fue condenado por el término de 24 meses a la pena accesoria de privación del derecho a

---

<sup>6</sup> Según Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, las penas accesorias se definen como: "Sanción que, sin estar expresamente establecida por la comisión de una infracción penal, se impone junto con una pena principal, de la que depende, por disposición de la ley."

ejercer su profesión.<sup>7</sup> Vale la pena aclarar que el Juez concedió al patólogo la suspensión condicional de la ejecución de la pena de conformidad con el artículo 63 del Código Penal.<sup>8</sup>

## **1.2. Tribunal Superior de Cali:**

El problema jurídico que abordó el Tribunal fue: ¿Existe mérito probatorio para derivar responsabilidad penal en cabeza del procesado o si por el contrario no es merecedor de reproche penal?

Para ello, la Sala en primer lugar procede a realizar un recuento de los testigos que fueron llevados al juicio oral por parte de los sujetos procesales. Algunos de los más importantes fueron:

El patólogo perito No. 1 el cual en su intervención señaló que, en el caso específico existía un problema de diagnóstico entre dos entidades, una benigna y una maligna, que en el particular había que determinar si existían células mioepiteliales, esto corresponde al diagnóstico entre una adenosis esclerosante<sup>9</sup> y un carcinoma tubular.

Acotó que el carcinoma tubular es una proliferación neoplásica, que tienen características similares a los ductos de la glándula mamaria normal y, por su parecido se confunde la adenosis esclerosante con la carcinoma tubular, y es el patólogo quien determinará por su experiencia si es necesario realizar dicho estudio, ya que este tipo de procedimientos no tiene protocolo alguno y únicamente depende del sentido común del médico.

Concluye que las características histológicas del cáncer de la mujer son diferentes en todos los casos y en la mayoría de los casos en que haya adenosis esclerosante los pacientes son llevados a cirugía.

La patóloga perito No. 2 quien en su informe consideró que existía adenosis esclerosante, por lo que realizó una llamada a otro profesional en medicina para comunicarle que ella no veía muy claro el carcinoma tubular y que le parecía más una adenosis esclerosante.

Además también mencionó que se puede confundir con facilidad la adenosis esclerosante con el carcinoma tubular, ya que estos son muy similares y añadió que la patología mamaria es

---

<sup>7</sup> Juzgado Séptimo Penal de Cali. (19 de diciembre de 2012). Sentencia No. 143.

<sup>8</sup> Congreso de Colombia. (24 de julio de 2000). Artículo 63. [Título IV]. Código Penal. [Ley 599 de 2000]. D.O.: No. 44.097

<sup>9</sup> Es un tipo especial de adenosis, en el cual los lobulillos agrandados están distorsionados por el tejido de apariencia cicatricial.

de las más complejas que hay, que no son exactas, y resaltó el hecho de que no siempre es necesario acudir ante el estudio de inmunohistoquímica, depende del diagnóstico morfológico.

Respecto a la responsabilidad del galeno, luego del estudio minucioso por parte del Tribunal, con respecto a las declaraciones de los peritos, este consideró que el procesado no actuó conforme al debido cuidado que le exige su profesión.

El Tribunal destacó los testimonios de los peritos, y sobre el primero dio razón en que el estudio realizado por el procesado es uno de los más complejos al momento de emitir un diagnóstico, reconociendo que el tema en particular es discutido en los diferentes seminarios que se realiza en la comunidad científica, en el que aseguran que ese tipo de lesiones presenta dificultad al momento de diagnosticar si se trata de adenosis esclerosante o un carcinoma de tipo tubular.

La Sala advierte que, la conducta del médico no se ajustó al grado de previsibilidad que se exige para estas profesiones, ya que según la sala, era realmente necesario realizar un estudio más avanzado para descartar el carcinoma tubular y que el galeno no se encargó de realizar el estudio de inmunohistoquímica que le permitiese observar las lesiones de las células mioepiteliales<sup>10</sup> y así poder descartar el carcinoma tubular.

Pese a lo argumentado por la defensa, con respecto a la realización o no del estudio de inmunohistoquímica o consulta con otros profesionales, la sala considera que ese deber objetivo de cuidado, nace del deber de actuar prudentemente en situaciones que tienen la posibilidad de poner en riesgo la salud de una persona, ya que es un deber evitar resultados lesivos o dañosos, mediante la ejecución de actuaciones que permitan dar un grado de certeza sobre la patología que se va a rendir.

También considero que las conductas desplegadas por el galeno en cuestión, eran de suma importancia para conocer el procedimiento a seguir, resalta que su dictamen médico era el único que permitiría concluir la clase de lesiones que tenía en sus mamas la paciente, acota que era una obligación para el médico, mantenerse dentro del riesgo permitido y bajo esta óptica no resulta razonable que omitiera acciones en pro de asegurar que su diagnóstico está íntimamente ajustado científicamente a las condiciones de la paciente.

---

<sup>10</sup> Célula que se localiza alrededor de las unidades secretoras de algunas glándulas, por su parte externa, cuya función contráctil facilita el proceso de secreción.

Amén de lo anterior, la extirpación del seno derecho, afirmó la Sala que, era un resultado previsible, visto desde una óptica ex ante, es decir, contado a partir del momento en que el autor del hecho ejecuta u omite la acción, para ello trae a colación el artículo 23 del Código Penal<sup>11</sup>, esto conlleva a que el resultado previsible se exige para poder imputarse al autor del hecho.

Así las cosas, el galeno al no plantear diagnósticos diferenciales, ni requerimientos de estudios adicionales, dejó en evidencia su falta de deber objetivo de cuidado para evitar el resultado. Entre la infracción al deber objetivo de cuidado y el resultado, existe el nexo de causalidad que se requiere para poder emitir un reproche penal, toda vez que no se realizaron estudios adicionales para descartar la malignidad conllevando a que se realizará la cirugía que conlleva a la extirpación del seno derecho de la víctima.

La Sala, también trajo a colación el artículo 15 de la Ley 23 de 1981<sup>12</sup>, ya que al resaltar nuevamente la dificultad de diagnóstico en el particular, per se, se le exige una mayor diligencia y cuidado al patólogo, ello para tener certeza.

Concluye que el riesgo atribuible al galeno, se realizó en el resultado de la mastectomía subcutánea<sup>13</sup>, por medio de la cual se dio la extirpación del seno derecho de la víctima, existiendo en consecuencia el nexo de determinación entre el peligro provocado y las lesiones al bien jurídico de la integridad personal producidas a la paciente, por eso al patólogo es imputable desde un punto de vista objetivo, ya que no obró con el debido cuidado en el particular, según el Tribunal.

Como consecuencia tomó la decisión de confirmar parcialmente la sentencia No 143 del 19 de diciembre de 2012 proferida por el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento, el único cambio, fue la modificación de la pena de prisión, siendo esta un total de 10 meses de prisión.<sup>14</sup>

### **1.3. Corte Suprema de Justicia:**

---

<sup>11</sup> Art. 23 del código penal señala que: “la conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción del deber objetivo de cuidado y el agente debió haber previsto por ser previsible o habiendo previsto confió en poder evitarlo”

<sup>12</sup> Ley 23 de 1981 Art. 15 Ley establecen que “El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectar física o psíquicamente.”

<sup>13</sup> También denominada glandectomía o escisión glandular de la mama, se define básicamente como la resección del parénquima mamario por debajo de la piel y de la aréola.

<sup>14</sup> Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Decisión Penal. (14 de febrero de 2013). Sentencia 7600 16000 193 2007 84801. [MP. Leoxmar Benjamín Muñoz Alvear].

En la sentencia SP 8759-2016 de la Corte Suprema de Justicia, se resolvió el recurso de casación interpuesto por el apoderado del especialista en patología clínica, en contra del fallo del 14 de febrero de 2013, en donde el Tribunal Superior de Cali confirmó parcialmente la decisión que condenó al galeno por el delito de lesiones personales culposas.

El casacionista manifestó que el sentenciador incurrió en violación indirecta de la ley sustancial, por vía del error de hecho, en las modalidades de falso juicio de existencia, falso juicio de identidad y falso raciocinio; sobre las que se fundamentaron los tres cargos de la demanda de casación.

Para iniciar tenemos el primer cargo de la demanda que se fundamenta en el **falso juicio de existencia**, en donde se reprocha la conclusión de que el galeno incurrió en omisión de conducta al afirmar que a él se le enviaron las muestras del tejido plenamente marcadas para el estudio de patología, pues el Tribunal omitió el estudio de la historia clínica de la paciente, en la cual el ginecólogo encargado de practicar la biopsia, afirmó que “se extrae tres nódulos de mama derecha”<sup>15</sup>, sin que exista la exactitud sobre la localización precisa de las muestras que fueron extraídas. De haber sido plenamente identificadas no habría sido necesaria la reconstrucción mamaria con todas las complicaciones presentadas.

De igual manera, el casacionista establece que también se omitió en el estudio de la historia clínica la parte en que se hace referencia a los antecedentes familiares de la paciente, ya que una de sus hermanas padecía cáncer de mama, lo cual era un factor de riesgo y unido al criterio arquitectural observado por el patólogo fue determinante para rendir su diagnóstico.

El segundo cargo de la demanda se basó en **falsos juicios de identidad**, ya que según el demandante el Tribunal pudo haber cercenado el contenido de los dictámenes de los médicos peritos que participaron en el proceso. Los cuales contradicen la afirmación del ginecólogo, quien dijo haber entregado debidamente marcadas las muestras extraídas a la paciente.

En este cargo también manifestaron que, el fallador le restó importancia al concepto de uno de los peritos en aquella parte en la que aseguró que la extirpación del seno no fue consecuencia directa del diagnóstico emitido por el patólogo, dado que dicho concepto debe ser interpretado por el médico tratante en conjunto con otros exámenes y factores pronósticos. De

---

<sup>15</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (29 de junio de 2016) Sentencia SP8759-2016. [MP. José Luis Barceló Camacho].

igual manera, mencionan que el Tribunal se equivocó al argumentar que ante la duda diagnóstica el galeno debió haber acudido a un estudio inmunohistoquímico; en el entendido de que no acudir ante una segunda opinión no necesariamente está en contra de la *lex artis*.

En el tercer y último cargo de la demanda de casación, se expone la existencia de **falsos racionios** por parte del juzgador, al momento de apreciar que la ausencia del estudio de inmunohistoquímica por parte del patólogo es una falta a la *lex artis*, conclusión fundada en lo manifestado por cuatro peritos que revisaron el hallazgo y dudaron sobre la benignidad y malignidad del mismo, lo que en consideración del fallador generaba la necesidad de confrontar el diagnóstico con los medios a su alcance. Sin embargo, el casacionista sostiene que, de igual manera otros patólogos peritos que acudieron al proceso, concluyeron que se trataba de un carcinoma, sin necesidad de acudir al estudio adicional de la inmunohistoquímica.

Ahora bien, para continuar se debe abarcar las consideraciones de la Corte, que inician refiriéndose a la teoría de la imputación objetiva, y explica que, incrementar el riesgo permitido puede defraudar la expectativa que se tiene en la idoneidad del profesional que cuenta con la experiencia para ejercer la profesión médica: lo anterior, siempre y cuando la superación del riesgo permitido se realice tras la asunción de la posición de garante, ya sea a través de un diagnóstico, tratamiento o post tratamiento capaz de generar una lesión al bien jurídico que se habría podido evitar de haber actuado el agente con las precauciones técnicas del caso.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte afirmó que el médico asumió la posición de garante respecto de la paciente, en virtud de lo normado en el numeral 1º del artículo 25 del C. Penal y en los términos del artículo 10 de la Ley 23 de 1981, por ello se le reprocha que tras realizar el análisis del tejido mamario de la paciente, el cual arrojó como resultado la existencia de un carcinoma, no realizó un estudio confirmatorio de inmunohistoquímica, dado que un diagnóstico inicial de carcinoma, sin procurar su confirmación, constituía una elevación del riesgo no amparada por la *lex artis*, pues los métodos y prácticas propias de la patología enseñan que nada tiene de raro que la lesión maligna en realidad no lo sea.

Por otro lado, en la sentencia también establecieron que la omisión negligente del ginecólogo, consistente en no precisar la localización del tejido extraído, configuró una circunstancia que, conocida por el patólogo, lo obligaba a incrementar su propio rol de garante, a extremar el cuidado debido y a adecuar la *lex artis* a la deficiente conducta funcional del tercero, en vista de las consecuencias que un diagnóstico no confirmado representaba para la integridad

de la mujer. Dicho esto, la conducta del ginecólogo no exonera de responsabilidad al médico patólogo, ya que lo que resulta penalmente relevante es que hubiera limitado el estudio a la observación arquitectural del tejido sin tener en cuenta la necesidad de su confirmación, dadas las circunstancias que incrementan el riesgo de llegar a una consecuencia dañosa injustificada.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal decide no casar la sentencia impugnada, dado que el condenado desconoció el deber objetivo de cuidado y excedió el riesgo permitido.

#### **1.4. Corte Constitucional:**

En la acción de tutela el accionante consideró que, la sentencia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia incurrió en defectos sustantivos, de decisión sin motivación y fácticos, afectando de esa manera sus derechos fundamentales a la dignidad, al buen nombre y a la honra, al debido proceso, al trabajo y a la salud pública.

Se desprende según el accionante la presunta configuración de cuatro defectos sustantivos, resumidos de la siguiente manera:

1. Supuesta incorrecta interpretación del artículo 120 de la Ley 599 del 2000, por cuanto a juicio del accionante, por su profesión los médicos no incurren en el delito de lesiones personales culposas.
2. La equivocada aplicación del artículo 23 del Código Penal, al exigirle al Dr prever un resultado, ignorar que no se violó el deber objetivo de cuidado en tanto no se produjo un riesgo, y no se demostró que la inmunohistoquímica fuera un protocolo obligatorio y confirmatorio.
3. Aplicación indebida del artículo 25 del Código Penal, esto ya que el galeno, no tenía posición de garante, por cuanto no era el médico tratante y este no se encontraba en la plena capacidad de definir el tratamiento.
4. Bajo la luz de la Ley 23 de 1981, artículo 10, el actor manifiesta que hay una interpretación y aplicación indebida.
5. Así, el escrito de tutela culmina con la petición del actor de la siguiente manera: (i) se declaren vulnerados sus derechos fundamentales a la dignidad, al buen nombre y a la honra, al debido proceso, al trabajo y a la salud pública; (ii) se dejen sin efectos las

decisiones judiciales y, en su lugar, se le absuelva de todas y cada una de las condenas impuestas; y (iii) se ordene como reparación que la decisión sea publicada en los principales medios de difusión nacionales.

La Corte Constitucional determinó si, al no casar el fallo de segunda instancia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia vulneró los derechos fundamentales del accionante a la dignidad, al buen nombre, la honra, al debido proceso, al trabajo y a la salud pública, con base en lo mencionado apartados anteriores.

La Corte, fue precisa en acotar en primera medida que, la Sala de Casación Penal de la CSJ, no incurrió en ningún defecto sustantivo, de decisión sin motivación y fácticos, por cuanto no hubo interpretación o aplicación irregular, irrazonable, desproporcionada, arbitraria o caprichosa de las normas, su argumentación no se reputa como defectuosa, insuficiente o inexistente, como tampoco se presentó un error ostensible o que haya violado alguna instancia probatoria o de valoración probatoria.<sup>16</sup>

La Corte encontró que en el caso concreto se determinó por parte de los jueces penales, que fue el patólogo quien elevó el riesgo permitido al inobservar el deber objetivo de cuidado, aunado al hecho de que el supuesto yerro alegado obedece a una interpretación subjetiva del accionante.

No existió ninguna incoherencia en la argumentación de los jueces penales, ya que reconocieron la trayectoria académica y profesional del galeno y, es por ello que debía conocer la dificultad para diferenciar las lesiones, razón suficiente para que tuviese la obligación de realizar el estudio de inmunohistoquímica.

La Sala se abstuvo de plantear nuevas hipótesis, ya que esto conlleva a reabrir el debate de fondo, porque acarrea analizar una simple posibilidad que consiste en los supuestos efectos que habría tenido la paciente en caso de no realizarse la mastectomía, estas cuestiones de fondo no pueden ser estudiadas en sede de tutela.

Encontró la Sala que la valoración probatoria fue adecuada en el particular y no corresponde a un carácter arbitrario por parte de los jueces penales, ya que todos los hechos en lo que fundamentaron sus providencias se encuentran debidamente probados.

---

<sup>16</sup> Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (14 de julio de 2017). Sentencia T-453-17. [MP. Diana Fajardo Rivera].

Por último la Corte luego de dar la razón a la CSJ indicó que, la vía constitucional no es una tercera instancia ni un nuevo recurso de casación, por lo que mucho menos es viable analizar la valoración probatoria del juez ordinario cuando se presenten meras discrepancias por parte del accionante y tomó la decisión de negar la tutela de los derechos fundamentales invocados.

## **2. Discusión.**

En este acápite resolvemos los siguientes problemas jurídicos: 2.1. ¿Era necesario intervención de la jurisdicción penal o debía ventilarse a la luz de la responsabilidad civil extracontractual? 2.2. ¿Se configuraron los elementos de la imputación objetiva? y 2.3. ¿Era necesaria la pena?

### ***2.1. ¿Era necesario la intervención de la jurisdicción penal o debía ventilarse a la luz de la responsabilidad civil extracontractual?***

Para contestar el presente problema jurídico, en primer lugar se hará una conceptualización con respecto al principio de mínima intervención penal, que como el profesor Santiago Mir Puig afirma, el derecho penal ha de limitarse a ser considerado como la “*última ratio*”, sobre todo en los eventos en los que los medios alternativos de control social y jurídicos han fracasado o se reputan insuficientes<sup>17</sup>.

Bajo esta misma luz, analizaremos si en efecto la intervención de la jurisdicción penal en el particular fue apropiada, o si por el contrario contábamos con mecanismos judiciales alternativos para dirimir el conflicto, como lo es la responsabilidad civil extracontractual.

Ahora bien, nos adentraremos a desglosar el principio de intervención mínima del derecho penal, para ello tenemos como base la obra del jurista Alfonso Zambrano Pasquel titulada, “Fundamentos del Derecho Penal” allí se encuentran los principios limitadores del derecho penal, los cuales servirán como guía para resolver la presente cuestión jurídica: principio de mínima intervención penal y principio de subsidiariedad del derecho penal.

#### **2.1.1. Principio de mínima intervención penal.**

---

<sup>17</sup>Mir Puig, S. (2006). *Derecho Penal. Parte General*. [Archivo PDF]. <https://proyectozero24.com/wp-content/uploads/2021/09/Mir-Puig-2006-Derecho-Penal.-Parte-General.pdf>

Como lo ha establecido la jurisprudencia y la doctrina, el derecho penal es definido como un derecho de mínimos, que tiene el deber mediar en aquellos eventos en los que no haya otra solución, como lo establece el Jurista Zambrano<sup>18</sup>, interviene cuando no haya alternativas sancionatorias más competentes y sea la única respuesta factible frente a los comportamientos reprochables que atenten contra los bienes jurídicos más apreciados.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, en sentencia C-365 de 2012, ha definido este principio como la facultad sancionatoria criminal, que debe intervenir en los eventos en que las demás alternativas de control han fracasado, es decir, el Estado no tiene la obligación de sancionar penalmente todas las actuaciones antisociales, pero por otro lado, no debe tipificar aquello que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la sociedad o de las personas.

La misma sentencia también es precisa al mencionar que la decisión de criminalizar una conducta humana debe ser la última de las decisiones posibles a la hora de la imposición de sanciones que el Estado, en su entera facultad, tiene la posibilidad jurídica de imponer y, entiende que dicha decisión implica su máxima drasticidad a la supresión de la libertad, en otras palabras, corresponde a un recurso extremo al que puede recurrir un Estado para coercer un actuar que afecte los intereses colectivos, es por ello que la jurisprudencia legítima la tipificación de las conductas únicamente cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la sociedad, por ello, el derecho penal es considerado como la última ratio del derecho sancionatorio.

Bajo esta misma luz, la Corte Constitucional ha reconocido que:

*“El derecho penal debe ser un instrumento de última ratio para garantizar la pacífica convivencia de los asociados, previa evaluación de su gravedad y de acuerdo a las circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales imperantes en la sociedad en un momento determinado<sup>19</sup>”.*

Así las cosas, una pena en el ámbito penal, debe reservarse para los casos que se reputen más graves en los que haya ausencia de una solución jurídica o social posible, es deber de los estudiosos del derecho, ver la esencia del derecho penal como aquel recurso extremo y como

---

<sup>18</sup> Zambrano, A. (2020). *Fundamentos del derecho penal*. Editorial Ibáñez.

<sup>19</sup> Corte Constitucional, Sala Plena. (16 de mayo de 2011). Sentencia C-365-2012. [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

recurso subsidiario, (principio que será explicado más adelante), frente a las demás ramas del derecho, aunado a la existencia de otros mecanismos alternativos de solución de conflictos, muy usados actualmente para dirimir controversias.

La Corte Suprema de Justicia en su quieta y pacífica jurisprudencia, también ha utilizado este principio en el que se establece que, cuando se hace referencia a que el derecho penal es la última ratio el Estado tiene la obligación de agotar los medios menos lesivos que el mismo derecho penal<sup>20</sup>, al respecto hizo referencia al tratadista español S.M.P, al indicar que:

*“Deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada Política social. Seguirán a continuación sanciones no penales: así, civiles (por ejemplo: impugnabilidad y nulidad de negocios jurídicos, repetición por enriquecimiento injusto, reparación de daños y perjuicios) (...). Sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente, estará legitimado el recurso de la pena o de la medida de seguridad. Pero también el Estado social puede conseguirlo si hace uso de sus numerosas posibilidades de intervención distintas a la prohibición bajo sanción –¡Técnica ésta característica del Estado liberal clásico!<sup>21</sup>”*

Efectuadas las anteriores precisiones, es claro que el derecho penal debe ser visto como la última ratio en cualquier caso, esto al seguir los lineamientos básicos de la jurisprudencia y de la doctrina, supuestos que otorgan múltiples posibilidades para dirimir cualquier conflicto. Lo anterior nos indica que, en el presente caso no se utilizaron medios alternativos para solucionar el conflicto, de hecho, fue la intervención penal la primera en usarse, lo que afecta de raíz los principios de un Estado social de derecho, para dar precisión a este argumento, a continuación se desarrollara el principio de subsidiariedad del derecho penal.

### **2.1.2. Subsidiariedad del derecho penal.**

Continuando con los presupuestos de la obra del jurista Zambrano, se establece que el derecho penal, tiene un carácter subsidiario, lo que pretende en este sentido es encontrar el

---

<sup>20</sup>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (30 de septiembre de 2020). Sentencia SP3672-2020. [MP. Hugo Quintero Bernate].

<sup>21</sup> Mir Puig, S. (2006). Derecho Penal. Parte General. [Archivo PDF].

<https://proyectozero24.com/wp-content/uploads/2021/09/Mir-Puig-2006-Derecho-Penal.-Parte-General.pdf>

origen en la “teoría de las normas de Karl Binding<sup>22</sup>”, dicha teoría sostiene que existe una clara distinción entre la norma penal y la ley penal, es decir, cuando un sujeto comete un delito como el de homicidio, estará violando la norma penal, que contiene taxativamente la prohibición que señala “no matar”, y no viola la ley penal que dice “el que matare a otro tendrá una pena (...)”. Lo que realiza el sujeto es en efecto lo que dicta la ley, que suele ser de carácter descriptivo (el que produjere la muerte de otro), lo que acarrea una pena que se le impone por hacer lo que dice la ley, es decir, matar.

Estos mecanismos de prevención, buscan recurrir en primer lugar a medios de control menos gravosos existentes dentro del sistema estatal, antes de utilizar la jurisdicción penal<sup>23</sup>.

Por lo tanto, es claro que el derecho penal debe ser la última instancia a la que se recurre para resolver cualquier conflicto, siempre bajo los presupuestos de la interdependencia con las otras ramas del derecho presentes en nuestro ordenamiento jurídico y, los principios analizados previamente, de esta forma buscando la gestión del conflicto bajo supuestos que cobijen otras alternativas, como lo puede ser la jurisdicción civil, es por eso que a continuación se explicará cómo esta jurisdicción era la adecuada para solucionar la problemática analizada en el presente trabajo.

### **2.1.3. Responsabilidad civil médica.**

Para dar precisión a este apartado, es necesario ahondar en los conceptos de, *lex artis*, obligaciones de medios y resultado, responsabilidad civil contractual y extracontractual.

### **2.1.4. *Lex artis*.**

El concepto de *lex artis* proviene del latín, que significa “ley del arte”, o también considerada como, regla de la técnica de actuación de la profesión que se trate<sup>24</sup>, término que ha sido empleado desde hace mucho tiempo, para referirse al hecho de si la actuación ejecutada por un profesional es correcta o no, si se ajusta o no a lo que se debe hacer, en últimas, si la

---

<sup>22</sup> Karl Ludwig Lorenz Binding fue un jurista alemán conocido como impulsor de la teoría de la justicia retributiva.

<sup>23</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan, op. cit., p. 66. En similar sentido ROXIN, Claus: Derecho penal, Parte general I (traducción de Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel Díaz y García Conlledo, y de Javier de Vicente Remesal), Madrid, Civitas, 1997, pp. 49 y ss; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas: Tratado de Derecho penal, Parte general (traducción de Miguel Olmedo Cardenete), Granada, Comares, 2002, pp. 56 y ss.

<sup>24</sup> Barona, R. (2001). Derechos y obligaciones en la Relación Médico - Paciente. Revista Médico Legal, 55-65. [Archivo PDF]. [http://www.medicolegal.com.co/pdf/esp/2001/7/2/leg\\_jur\\_4\\_v7\\_r2.pdf](http://www.medicolegal.com.co/pdf/esp/2001/7/2/leg_jur_4_v7_r2.pdf)

actuación se adecúa a las reglas técnicas pertinentes pre-existentes, de cumplirse dicho evento, se está ante un “buen profesional, un buen técnico, un buen artesano” .

Con esto llegamos a la *lex artis* médica, en el que es necesario hacer referencia al Jurista Barona, del que múltiples autores colombianos plantean sus tesis, el cual alude a que la *lex artis* es la aplicación de reglas generales médicas a casos similares teniendo como base un cuidado objetivamente debido<sup>25</sup>, cabe mencionar que aplica solo en aquellas situaciones, hechos o circunstancias en los que se encuentran plenamente estudiados, ya que no aplican en aquellos casos en los que la situación no ha sido estudiada, no conocida o sea imprevisto bajo la luz de la ciencia médica, ya que precisamente una de las condiciones que posee la *lex artis* es que cualquier médico actuaría de la misma manera en los eventos que se den las mismas condiciones, considerado también como un “saber colectivo especializado”, claro con el factor de que existe la libertad profesional del médico.

Serpa Flórez (1995)<sup>26</sup>, señala que ésta consiste en reglas de consonancia con el estado de saber de esa rama del conocimiento o ciencia que enmarca las pautas en que los profesionales deben aplicar, resaltando una vez más el deber objetivo o de cuidado, concepto jurídico relacionado con la obligación del médico de atender a su paciente de acuerdo con las reglas de la *lex artis* y con la correcta orientación médica.

Por su parte, Lombana<sup>27</sup>, define la *lex artis* como aquella serie de reglas, normas que determinan la conducta correcta profesional que los médicos deben seguir, frente a la corporalidad de su paciente, en el marco de un determinado contexto en una situación clínica, de acuerdo con los últimos avances de la ciencia médica.

Otra acepción es dada por Macia como, “el conjunto de saberes acumulados en cada actividad profesional médica, a través de los que se define el modo usual y comprobado de realizar las actividades relativas a dicha profesión<sup>28</sup>”.

---

<sup>25</sup> Barona, R. (2016). Responsabilidad médica y hospitalaria. Bogotá D. C.: Leyer.

<sup>26</sup> Flórez, R. S. (2006). El ejercicio humanista de la Medicina en un sistema de salud comercializado. Revista de la Universidad Industrial de Santander. Salud, 38(2), 153-158.

<sup>27</sup> Lombana, J. (2007). Derecho penal y responsabilidad médica. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.

<sup>28</sup> Macia, A. (2005). *La responsabilidad médica por diagnósticos preconceptivos y prenatales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Asimismo, la Ley 23 de 1981<sup>29</sup> artículo 12, hace referencia a la práctica de la lex artis, que dispone lo siguiente, “ARTÍCULO 12. El médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas”.

Esto quiere decir que la lex artis está inmersa dentro del actuar del médico desde un punto de vista histórico y actual, derivado de un avance evolutivo desde el enfoque de la ciencia, medicina, jurisprudencialmente y de forma legal, que reposa taxativamente en nuestro ordenamiento jurídico colombiano, dando como resultado unas normas preestablecidas que los médicos deben acatar por obligación.

### **2.1.5. Obligaciones de medios.**

Considerado como aquellos eventos en que el deudor (galeno), se obliga a desplegar una serie de conductas sin garantizar un resultado, liberándose de responsabilidad en el momento que el galeno realiza todo lo humanamente posible y sin asegurar un determinado resultado, sino tan solo se compromete a poner en práctica la conducta que ordinariamente conduce a un determinado resultado, pero que bien puede no producirlo, o en otras palabras, se compromete a ejecutar una conducta diligente y prudente, orientada a la obtención de un resultado, pero sin asegurarlo<sup>30</sup>, siguiendo la lex artis y teniendo en cuenta el deber objetivo de cuidado.

En el evento en que se demuestre que usó toda su diligencia y pericia en la ejecución de una obligación impuesta por su profesión, no puede ser responsable de la falta de resultado, es de aclarar que la gran mayoría de las obligaciones de los médicos son de medios, y estos no pueden ser responsabilizados por daños imprevistos o por causales imprevisibles, el contenido concreto de esta obligación en el ámbito de la medicina, puede condensarse de la siguiente manera tal como lo establece Jorge Mariñelarena :

*“Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar donde se produce el tratamiento.*

*Informar al paciente o familiares del mismo, del diagnóstico, tratamiento y pronóstico, así como de los riesgos y beneficios esperados, como también si los medios que se dispongan en ese lugar son insuficientes y dejarlo plasmado por escrito.*

---

<sup>29</sup>Congreso de Colombia. (18 de febrero de 1981). Por la cual se dictan normas en materia de ética médica. [Ley 23 de 1981]. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=68760>

<sup>30</sup>LM Marcelo, BJ Domingo, CF Reyna, DC José, LT Philippe, SB Jorge. (2007). Tratado de Responsabilidad Médica. Pág. 114-156 ed. Ubijus 2007. Colombia.

*Continuar el tratamiento del enfermo hasta el momento de ser dado de alta, advirtiéndole de los riesgos del abandono del mismo.*

*En los supuestos de enfermedades crónicas o evolutivas informar al paciente de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos<sup>31</sup>”.*

### **2.1.6. Obligaciones de resultado.**

En esta obligación el galeno se compromete concretamente a la obtención de un resultado determinado, si este no se obtiene, existe responsabilidad, aún con la mayor diligencia desplegada, con la excepción que demuestre caso fortuito o fuerza mayor, ya que el elemento de atribución es objetivo, el galeno tiene como único medio de eximirse de responsabilidad probando la ruptura del nexo causal, o bien el no cumplimiento del mismo atribuible a este, debido por el caso fortuito o la fuerza mayor<sup>32</sup>.

Ahora bien, tratándose de responsabilidad médica, y trayendo a colación la sentencia SC 7110 de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente, Luis Armando Tolosa Villabona, estableció en un ámbito contractual que la responsabilidad médica reposa en el principio general de la culpa probada, salvo cuando en virtud de las “estipulaciones especiales de las partes”, establecidas en el artículo 1604 y ss del Código Civil, se asumen obligaciones de resultado y aún más cuando en nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 104 de la ley 1438 de 2011, ubica una relación obligatoria médico-paciente como obligación de medios.

### **2.1.7. Lex artis inmersa en la responsabilidad civil médica.**

En primer lugar resulta necesario definir qué es la responsabilidad civil, que se causa por el incumplimiento de las obligaciones de carácter contractual, pero también en los daños que el galeno le ocasione directa o indirectamente al afectado, que puede ser a falta de un vínculo obligacional entre los sujetos, esto es llamado como la obligación de asumir en nombre propio las consecuencias pecuniarias del incumplimiento del contrato o del acto jurídico, dando como resultado la indemnización de los perjuicios ocasionados<sup>33</sup>.

La Corte Suprema de Justicia se ha referido a esta categorización de responsabilidades, en los siguientes términos:

---

<sup>31</sup> Mariñelarena, J. L. M. (2011). Responsabilidad profesional médica. *Cirujano General*, 33(S2), 160-163.

<sup>32</sup> Mariñelarena, J. L. M. (2011). Responsabilidad profesional médica. *Cirujano General*, 33(S2), 164-167.

<sup>33</sup>Finkielsztein, J. (2003). LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. [Archivo PDF]. <https://core.ac.uk/download/pdf/47069428.pdf>

*“la responsabilidad profesional puede derivarse del incumplimiento o violación de un contrato, o consistir en un acto u omisión que sin emanar de ningún pacto cause perjuicio a otro. Esto da lugar y nacimiento a la responsabilidad contractual reglamentada en el Código Civil especialmente en el título 12 del libro 4º y a la extracontractual o aquiliana a que se refiere el título 34 también del libro 4º de dicha obra <sup>34</sup>”.*

Lo anterior quiere decir que el tratamiento jurídico que se le da a la responsabilidad civil contractual y extracontractual, es diferente, ya que la culpa contractual reposa en la imprudencia, la impericia, el dolo, la negligencia o la violación de los reglamentos que le impiden al deudor cumplir cabalmente su obligación, o como lo señala Planiol y Ripert:

*“Hay que entender por culpa un acto sujeto de reproche, en el sentido de que el deudor incurre en una reprobación por un hecho preciso de acción o de omisión. La cuestión consiste en saber si la culpa así entendida es necesaria para que haya responsabilidad contractual <sup>35</sup>”*

Por su parte el título XXXIV del libro 4º del Código Civil, denominado, “responsabilidad común por los delitos y las culpas”, o mejor conocida como responsabilidad civil extracontractual, tiene su origen en los daños que el agente le ocasione directa o indirectamente a un sujeto, por fuera de un marco obligacional contractual que medie entre ellos, consiste en la obligación de acarrear en nombre propio las consecuencias patrimoniales del acto dañoso<sup>36</sup>.

Ahora bien, los elementos que configuran la responsabilidad civil en principio son tres, para ello traemos a colación el tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil contractual de los hermanos juristas Henry y León Mazeud<sup>37</sup>, quienes constituyen los elementos axiológicos

---

<sup>34</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (5 de marzo de 1940). Sentencia de 5 de marzo de 1940. [MP. Liborio Escallón].

<sup>35</sup>Tamayo, J. (1990). Culpa Contractual. Ed. Temis. p.16.

<sup>36</sup> Art. 2341 C.C.- El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

<sup>37</sup>Mazeaud, H., Mazeaud, L., Tunc, A., Capitant, H., & y Castillo, L. A. Z. (1962). Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. Ediciones Jurídicas Europa-América.

de la responsabilidad como, el daño, la culpa y el nexo causal, cabe destacar que la gran parte de la jurisprudencia Colombiana se ha construido sobre esta tesis.

Es por ello que, la responsabilidad civil contractual y extracontractual, en su esencia, trae consigo la obligación de reparar, ya sea por la violación de lo pactado, (dentro de un contrato), o por violación general del principio de no causar daño a terceros, ambas modalidades de responsabilidad son procedentes dentro del ámbito médico, dependerá si el daño es producto de:

*“La infracción de compromisos previamente adquiridos con el agente del daño, o que se le dé al margen de una relación de tal linaje, y como consecuencia del incumplimiento del deber genérico de no causar daño a los demás<sup>38</sup>”*

Amén de lo anterior y teniendo en cuenta que, la responsabilidad civil extracontractual, era la vía jurídica ideal para subsumir el presente caso, y que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, define este arquetipo de responsabilidad como aquel encuentro accidental o fortuito de una fuente de la obligación resarcitoria que nace por mandato de la ley, definiendo el esquema de la carga probatoria del demandante, ya que es este quien tiene la obligación de la carga probatoria, debe demostrar el detrimento patrimonial o moral (daño), que se originó en la conducta culpable de quien demanda, esto es porque la relación jurídica se encaja entre dos sujetos, el autor del daño (galeno) y quien lo padeció.

Es claro que la *lex artis* reposa sobre esta culpa, ya sea acaecida por violación de un deber objetivo de cuidado o por la infreacción de alguna norma que se encuentre dentro del ordenamiento jurídico, que disponga que los individuos obligados por la medicina, deban comportarse conforme a una serie de deberes y obligaciones que se establecen previamente, como lo es el artículo segundo de la Ley 23 de 1981, que señala el juramento que hacen los médicos para con sus pacientes, consagrando varias obligaciones, es por ello que en el momento que estas obligaciones contenidas en la ley son incumplidas trae como consecuencia la culpa atribuible a quien las omite.

Así mismo, la culpa ocurrida con ocasión de la transgresión del deber general de prudencia, sobre la imposibilidad de la norma de contener en ella taxativamente todas aquellas

---

<sup>38</sup>Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (18 de mayo de 2005). Sentencia 14415. [MP. Jaime Alberto Arrubla Pascar].

conductas que pretenden evitarse o que deben cumplirse para que el paciente tenga una vida cotidiana con normalidad, es por ello que el juez puede recurrir a dos criterios distintos a las normas que integran el ordenamiento jurídico para analizar y eventualmente determinar si se ha estructurado la culpa.

Corolario de lo anterior, la inobservancia de las reglas técnicas de la medicina puede dar como consecuencia tres formas diferentes para manifestar la culpa, que ha sido objeto de debate en la doctrina y acogidas por juristas como Tamayo<sup>39</sup>, que son la imprudencia, la negligencia y la impericia, y según Jiménez de Asúa, existe una cuarta, la cual hace alusión a la inobservancia de los reglamentos, pero finalmente esta última puede entrar en el concepto de la negligencia, coligiendo que la *lex artis* dentro de la estructura del sistema de responsabilidad civil médica se encuentra inmersa en el deber objetivo de cuidado, comprendida como reglas con parámetros establecidos entre la ciencia y el ejercicio profesional de la medicina que tiene por objeto incurrir en el menor riesgo posible, evitando ocasionar daños, con el objetivo de obtener una mejor asistencia para el paciente.

Efectuadas las anteriores precisiones, resulta razonable acotar que, el galeno actuó de forma diligente, usando las obligaciones emanadas de la *lex artis*, aunado al hecho de que en ambiente médico, coadyuvado por los testimonios de los patólogos en la sentencia proferida por el Tribunal, señalan que se puede confundir con facilidad la adenosis esclerosante con el carcinoma tubular, esto se debe a que son similares, además declaran con seguridad de que la patología mamaria corresponde a una de las ciencias más complejas que existen en la actualidad, ya que no hay exactitud en las patologías y, sobre todo, aclaran que no siempre es necesario acudir ante el estudio de inmunohistoquímica.

Corolario de lo anterior, los patólogos peritos, también explicaban que estos diagnósticos también tienen una dificultad esencial, esto es, que en todas las mujeres este tipo de patologías son diferentes, tampoco hay una guía taxativa que indique qué proceso se debe seguir o si es obligatorio o no utilizar el examen de inmunohistoquímica.

Es por ello que el galeno en cuestión, actuó bajo los supuestos de la *lex artis*, usando todo su conocimiento para ofrecer el diagnóstico más fidedigno a sus conocimientos y a la actualidad de la ciencia médica, ahora bien, al producirse el daño de la paciente, que se dio posteriori a su diagnóstico, el daño concurre bajo el supuesto del artículo 1494 del Código Civil, la culpa en el

---

<sup>39</sup> Tamayo, J. (2015). Tratado de responsabilidad civil. Bogotá D.C.: Temis.

supuesto de la confianza imprudente en poder evitarlo<sup>40</sup> y, el nexo causal que une la conducta del galeno y el daño, cumpliendo así los elementos constitutivos de la responsabilidad civil extracontractual, herramienta jurídica considerada como la ideal para resolver la cuestión infundada por la demandante.

Así las cosas, falló el Estado en usar el derecho penal como primer mecanismo de solución del conflicto, ya que se contaba con un mecanismo diferente para ello, resulta inocuo pensar que se usó la jurisdicción penal para resarcir los daños, recordemos que la pena del médico fue un tiempo total de 10 meses de prisión y multa de 6932 SMMLV, dicho sea de paso, la responsabilidad extracontractual tiene como fin último el pago de los daños, es por ello que la satisfacción económica de la demandante pudo ser completamente efectiva en dicho ámbito jurídico. Haciendo hincapié que al médico patólogo se le condenó a una pena de prisión de 10 meses, para una persona de 73 años en el 2011, quien para la fecha de presentación del presente trabajo, tiene 85 años, por ello surge la pregunta, ¿era necesaria la pena?, esta incógnita será analizada en el apartado final.

## ***2.2. ¿Se configuraron los elementos de la imputación objetiva?***

Para responder este interrogante en un primer momento se abordará la teoría de la imputación objetiva desarrollada por Claus Roxin y Günter Jakobs, dado que es la teoría acogida por la Corte Suprema de Justicia. Posteriormente, se analizará el caso en concreto a la luz de los elementos de la imputación objetiva para así comprender si el especialista en patología clínica merecía la pena impuesta.

Es importante recordar que históricamente la responsabilidad penal de los profesionales de la salud se había fundamentado en teorías causales, como: la equivalencia de las condiciones, la causalidad adecuada, y la relevancia típica; que resultaron insuficientes para explicar la causalidad en los delitos culposos y omisivos, también la autoría y la participación, razón por la que nace la teoría de la imputación objetiva.<sup>41</sup>

Ahora bien, para entrar a explicar la teoría de la imputación objetiva es necesario mencionar que se encuentra estrechamente ligada al principio básico de que vivimos en una

---

<sup>40</sup>Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (24 de octubre de 1990). Sentencia 5902. [CP. Gustavo de Greiff Restrepo].

<sup>41</sup> Valencia, C. (2013). *LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA*. Revista Temas Socio Jurídicos. pp. 117-136.

sociedad de riesgo, lo que quiere decir que, las personas compartimos un espacio en el que nuestros bienes jurídicos se encuentran en peligro, esto se da gracias a la evolución, que implica asumir ciertos riesgos a cambio de determinadas ventajas. Entonces se trata de una ponderación de riesgo-beneficio, que hace la sociedad para permitir esa clase de actividades en pro del bienestar social, siempre que los sujetos que ejercen dicho oficio se mantengan dentro del riesgo permitido.<sup>42</sup>

Respecto a lo anterior se puede decir que, el ejercicio de la medicina hace parte de dichas actividades peligrosas, ya que se pueden generar muertes o lesiones así el personal médico haya actuado dentro del riesgo permitido. Ante esto, la Corte Suprema de Justicia ha establecido lo siguiente:

*“Y es que si hay una actividad peligrosa en la que se deba consentir la existencia de un riesgo permitido es la medicina. En verdad, se admite cierto nivel de exposición al daño inherente a su ejercicio, en tanto se trata de una ciencia no exacta cuya práctica demanda para el colectivo social la necesidad de aceptar como adecuada la eventual frustración de expectativas de curación o recuperación, siempre que no se trascienda a la estructuración de una aproximación al daño evitable no tolerado.”*<sup>43</sup>

### **2.2.1. Teoría de la imputación objetiva de Claus Roxin:**

Teniendo claro esto, entraremos a definir el concepto de imputación objetiva, la cual para Roxin presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo.<sup>44</sup> Esto quiere decir que, para imputar de manera objetiva el resultado causado por una persona, se debe determinar si la conducta de esta ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por el riesgo permitido y que ese peligro se haya concretado en el resultado.

En ese sentido, para realizar el juicio de imputación objetiva se tiene que analizar primero la creación de un riesgo no permitido, y segundo, que dicho riesgo se concrete en el resultado. Para ello, la teoría de la imputación objetiva establece lo siguiente para cada requisito:

---

<sup>42</sup> *Ibíd.*, p. 125.

<sup>43</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (11 de abril de 2012). Sentencia rad. N°. 33920. [MP. Augusto Ibáñez Guzmán].

<sup>44</sup> Roxin, C. (2002). La imputación al tipo objetivo. En *Imputación objetiva y antijuridicidad*. Estudios de Derecho Penal. Primera edición. Editorial Jurídica Bolivariana.

**2.2.1.1. Creación de un riesgo no permitido:** se excluyen de la imputación los siguientes eventos.

**2.2.1.1.1. Disminución del riesgo:** hace referencia a los eventos en donde la víctima ya se encuentra en una situación de peligro, y el autor con su comportamiento logra modificar el curso causal, de tal manera que disminuye el riesgo existente para la víctima. En estos eventos se excluye la imputación y se afirma la inocencia del autor.<sup>45</sup>

**2.2.1.1.2. Ausencia de la creación de un peligro jurídicamente relevante:** según Roxin para que se de la imputación del sujeto depende de si un observador inteligente antes del hecho (ex ante) hubiera considerado que la correspondiente conducta es arriesgada o que aumenta el peligro.<sup>46</sup> Se trata entonces, de conductas que se consideran adecuadas, pese a que en la ejecución de estas exista un riesgo.

Esta hipótesis se ve de manera frecuente en el ejercicio de la medicina, teniendo en cuenta que, lo que se busca es la preservación y el cuidado de la vida de los pacientes, sin embargo, existen complicaciones que generan riesgos que dejan como consecuencia muerte o lesiones. Para ello el juzgador debe analizar ex ante, si un hombre con los mismos conocimientos del galeno podía representarse los riesgos, si su respuesta es afirmativa, y además considera que hubiere realizado los procedimientos de la misma manera que sus colegas, debemos concluir allí que se excluye la imputación.<sup>47</sup>

**2.2.1.1.3. La creación del riesgo y cursos causales hipotéticos:** aquí el resultado sólo debe ser atribuido al autor si este fue quien creó de manera exclusiva el riesgo jurídicamente no permitido; el hecho de que el autor argumente que de no haber realizado él la conducta, la habría realizado otro, no lo exime de la imputación.<sup>48</sup>

**2.2.1.1.4. Riesgo permitido:** se refiere a las conductas que ponen en peligro los bienes jurídicos pero dentro de los límites que establece el ordenamiento jurídico, o dentro de los parámetros que ha venido configurando históricamente la sociedad.<sup>49</sup>

---

<sup>45</sup> Valencia, C. (2013). LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA. Revista Temas Socio Jurídicos. pp. 117-136.

<sup>46</sup> ROXIN, C. (2008). Derecho penal. Tomo I. Madrid, Civitas.

<sup>47</sup> Valencia, C. (2013). LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA. Revista Temas Socio Jurídicos. pp. 117-136.

<sup>48</sup>Quebradas, D. Gutierrez, D. (2013). *IMPUTACIÓN OBJETIVA, NACIMIENTO, ALCANCE, CARACTERÍSTICAS Y DEFINICIONES PROPIAS*. [Archivo PDF].

[https://repository.icesi.edu.co/biblioteca\\_digital/bitstream/10906/79513/1/TG01112.pdf](https://repository.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/79513/1/TG01112.pdf)

<sup>49</sup> LÓPEZ, C. (1998). Introducción a la imputación objetiva. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

**2.2.1.2. Realización del riesgo:** No existe la realización del riesgo en los siguientes casos.

**2.2.1.2.1. Falta de realización del peligro:** se da en los eventos en que, el autor crea un peligro para el bien jurídico, pero el resultado no se materializa con ocasión de dicho peligro, toda vez que, entre el riesgo y el resultado solamente existe una relación causal.<sup>50</sup>

**2.2.1.2.2. Falta de la realización del riesgo no permitido:** se refiere en los que casos en donde el agente ha creado el peligro no permitido, pero este no excede los límites para la producción del resultado.

**2.2.1.2.3. Resultados no cubiertos por el fin de protección de la norma:** hace referencia a los eventos en que el autor ha superado el peligro no permitido, pero no se le puede atribuir el resultado, dado que la norma infringida no tenía la finalidad de evitar la ocurrencia del resultado típico.<sup>51</sup>

**2.2.1.3. El alcance del tipo:** Roxin también habla en su teoría, sobre el alcance del tipo penal en los siguientes eventos.

**2.2.1.3.1. Cooperación en una autopuesta en peligro dolosa:** se da en los casos en que una persona puede cooperar en acciones de otro que son mucho más peligrosas de la medida normal<sup>52</sup>. Aquí, pese a que el autor tiene intención de lesionar el bien jurídico, la víctima se da cuenta del peligro y decide asumirlo de manera voluntaria.

**2.2.1.3.2. La puesta en peligro de un tercero consentida por éste:** se refiere a los eventos en que el sujeto no se coloca dolosamente en peligro por sí mismo, pero permite que otro lo ponga en riesgo con el conocimiento de dicho riesgo.

**2.2.1.3.3. La imputación del resultado en un ámbito de responsabilidad ajeno:** es cuando “(...) el fin de protección del tipo tampoco abarca ya aquellos resultados cuya evitación cae dentro de la esfera de responsabilidad de otro”.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> Valencia, C. (2013). LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA. Revista Temas Socio Jurídicos. pp. 117-136.

<sup>51</sup> *Ibíd.*, p. 130.

<sup>52</sup> ROXIN, C. (2008). Derecho penal. Tomo I. Madrid, Civitas.

<sup>53</sup> *Ibíd.*

Con lo anterior cerramos la teoría de Claus Roxin, que es un referente claro para iniciar el estudio de la imputación objetiva, y ahora abordaremos la propuesta de Günter Jakobs para así seguir con el desarrollo teórico.

### **2.2.2. Teoría de la imputación objetiva de Günter Jakobs:**

La propuesta de Jakobs se centra en que la imputación objetiva tiene un papel fundamental para determinar los ámbitos de responsabilidad dentro de la teoría del delito, y así establecer cuándo una conducta es objetivamente delictiva. Respecto a lo anterior, Jakobs establece una teoría del delito considerada como un fenómeno normativo en el que lo relevante es la defraudación de expectativas derivadas de un determinado rol, igualmente explica el delito como una manifestación de la voluntad en la que el agente afirma la no vigencia de la norma, y la pena como un acto comunicativo en donde se reafirma la vigencia de la norma.<sup>54</sup>

Por otro lado, para determinar las expectativas que le competen a cada persona se debe acudir a criterios normativos, que estructuran los contenidos y límites del riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y la competencia de la víctima. Estos son los ámbitos de competencia con los que la imputación objetiva, según Jakobs, se vuelve un escenario en donde se agota la teoría del delito, los cuales serán explicados a continuación:

**2.2.2.1. Riesgo permitido:** es definido como el estado normal de interacción de los sujetos en la sociedad, cuando en el desarrollo de sus actividades generan peligro para los bienes jurídicos de terceros pero cumpliendo los parámetros legales existentes. Es decir, la sociedad reconoce algunas situaciones de riesgo y establece hasta qué punto está dispuesta a soportarlos, buscando así reducir la posibilidad del acaecimiento de resultados fatales para las personas.

Entonces, en aquellos eventos en donde un agente ocasione la lesión de un bien jurídico de un tercero, en desarrollo de su actividad dentro del marco permitido que impone el ordenamiento jurídico, no le será imputable el comportamiento ya que éste obró dentro del riesgo permitido.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> Bernate, F. (2010). *Imputación objetiva y responsabilidad penal médica*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

<sup>55</sup> *Ibíd.*, p. 81.

**2.2.2.2. Principio de confianza:** en este principio pese a que las personas se dan cuenta de los errores de los demás, se les autoriza en función de sus actividades arriesgadas a confiar en el comportamiento socialmente adecuado de otros sujetos. Es decir, a los sujetos que emprenden una actividad riesgosa lícita les está permitido confiar en quienes junto con él van a ajustar sus actuaciones al ordenamiento jurídico.<sup>56</sup>

En ese sentido, se puede decir que, un sujeto no crea un riesgo desaprobado cuando quien en el marco de una actividad en conjunto, obra con la confianza en que los demás participantes de la actividad cumplan con aquello que de ellos se espera.

**2.2.2.3. Prohibición de regreso:** en este ámbito de competencia Jakobs intenta enmarcar la teoría de la participación dentro de la imputación objetiva, entonces aquí se pretende que se excluya la imputación de la conducta a todo aquel que obrando dentro de los límites del riesgo permitido, facilita la realización de un delito por parte de un tercero. En palabras de Günter Jakobs:

*“quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro incardine dicho vínculo en una organización no permitida. Por consiguiente, existe una prohibición de regreso cuyo contenido es que un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida.”<sup>57</sup>*

**2.2.2.4. Actuación a riesgo propio de la víctima o competencia de la víctima:** mediante esta institución, se propone tener en cuenta la intervención de la víctima en el suceso.<sup>58</sup> Entonces en aquellas actividades que se realicen entre dos o más sujetos, de los cuales uno es consciente de la posibilidad de que acontezca un resultado lesivo hacia sus propios bienes jurídicos, y dicho resultado termine concretado por una conducta

---

<sup>56</sup> Medina, J. LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL SISTEMA FUNCIONAL DEL DERECHO PENAL. [archivo PDF]. [https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20110307\\_01.pdf](https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20110307_01.pdf)

<sup>57</sup> JAKOBS, G. (1996). La imputación objetiva, p. 30

<sup>58</sup> Vélez, G. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA: FUNDAMENTO Y CONSECUENCIAS DOGMÁTICAS A PARTIR DE LAS CONCEPCIONES FUNCIONALISTAS DE ROXIN Y JAKOBS. [archivo PDF]. [https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080527\\_35.pdf](https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080527_35.pdf)

influyente del mismo sujeto, la imputación no debe realizarse a los demás agentes sino a la misma víctima.

Con lo visto anteriormente cerramos de manera expedita la teoría de la imputación objetiva que es de gran importancia para el caso analizado en este documento. Ahora pasaremos a observar el abordaje que le da la Corte Suprema de Justicia a la imputación objetiva con el fin de analizar sus implicaciones en el caso en concreto.

### **2.2.3. Imputación objetiva según Corte Suprema de Justicia:**

Para iniciar, la Corte en su jurisprudencia ha apoyado la evolución del delito imprudente, dejando claro que lo esencial de la culpa reside en el desvalor de la acción que realizó el agente, en contrariedad o desconocimiento del deber objetivo de cuidado, siempre y cuando en la acción se concrete por un nexo de causalidad o determinación el resultado típico. Ahora bien, la Corte también ha señalado que la realización del tipo objetivo del delito imprudente se satisface con la teoría de la imputación objetiva, y la define como un hecho que es jurídicamente atribuible a un sujeto si este con su comportamiento ha creado un peligro para el objeto de la acción no abarcado por el riesgo permitido y ese peligro se materializa en el resultado de la conducta.

Dicho lo anterior, la Corte establece que, frente a una posible conducta culposa se tiene que valorar si la persona creó un riesgo jurídicamente desaprobado desde una perspectiva ex ante, lo que quiere decir que, se debe retrotraer la valoración al momento en que se realizó la acción, y examinar si conforme a las condiciones de un observador inteligente situado en la posición del autor, el hecho sería o no adecuado para producir el resultado típico, y por último, valorar si el peligro que se creó o se incremento se realizó en el resultado, teniendo en cuenta todas las circunstancias conicidad ex post.<sup>59</sup>

Como lo hemos visto a lo largo del texto, la teoría de la imputación objetiva tiene varios criterios limitantes a los cuales se debe acudir para la valoración de las diferentes conductas, estos criterios también han sido acogidos por la Corte Suprema de Justicia, como en la sentencia 27357 de mayo 22 de 2008, que los expone de la siguiente manera:

---

<sup>59</sup>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (22 de mayo de 2008). Sentencia 27357 mayo 22 de 2008. [MP. Julio Enrique Socha Salamanca].

“2.3.1. No provoca un riesgo jurídicamente desaprobado quien incurre en una ‘conducta socialmente normal y generalmente no peligrosa’, que por lo tanto no está prohibida por el ordenamiento jurídico, a pesar de que con la misma haya ocasionado de manera causal un resultado típico o incluso haya sido determinante para su realización”.

“2.3.2. Tampoco se concreta el riesgo no permitido cuando, en el marco de una cooperación con división del trabajo, en el ejercicio de cualquier actividad especializada o profesión, el sujeto agente 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. Lo anterior, en virtud del llamado principio de confianza, según el cual ‘el hombre normal espera que los demás actúen de acuerdo con los mandatos legales, dentro de su competencia’ (CSJ, SP, sentencia del 20 de mayo de 2003, rad. 16636)”.

“2.3.3. Igualmente, falta la creación del riesgo desaprobado cuando alguien sólo ha participado con respecto a la conducta de otro en una ‘acción a propio riesgo’, o una ‘autopuesta en peligro dolosa’ (...)”.

“2.3.4. En cambio, ‘por regla absolutamente general se habrá de reconocer como creación de un peligro suficiente la infracción de normas jurídicas que persiguen la evitación del resultado producido’”.

“2.3.5. Así mismo, se crea un riesgo jurídicamente desaprobado cuando concurre el fenómeno de la elevación del riesgo, que se presenta ‘cuando una persona con su comportamiento supera el arrisco admitido o tolerado jurídica y socialmente, así como cuando, tras sobrepasar el límite de lo aceptado o permitido, intensifica el peligro de causación de daño’ (CSJ, SP, sentencia del 7 de diciembre de 2005, rad. 24696).”

#### **2.2.4. Imputación objetiva en el caso concreto:**

Observando lo formulado por la parte doctrinaria y lo acogido por la jurisprudencia de nuestras altas Cortes, pasaremos a examinar el caso del médico patólogo a la luz de lo estudiado sobre la imputación objetiva, quien recordemos, dictaminó carcinoma ductal de tipo tubular con

cambios fibroquísticos en el tejido mamario a una paciente, y por lo cual se le realizó una extirpación total del seno derecho. Sin embargo, un nuevo examen al tejido extraído, estableció que no se trataba de una lesión maligna, sino de una adenosis esclerosante, lesión de naturaleza benigna.

Respecto a esto, nos atrevemos a indicar que pese a que se dió un resultado lesivo para el bien jurídico de la paciente, no se cumplen los presupuestos de la imputación objetiva dado que no se creó ni se elevó un riesgo jurídicamente desaprobado, en el entendido de que el actor obró bajo una conducta socialmente normal, que fue la observación arquitectual del tejido en el desarrollo de su actividad como médico patólogo.

Para fundamentar lo anterior, es importante tener claro que los riesgos asumidos por el personal de salud no serán penalmente relevantes, si el daño se generó dentro de los parámetros del riesgo permitido y la observación de la *lex artis*, que como hemos visto es el conjunto de reglas científicas o de la experiencia, verificables y actuales, que integran el conocimiento aprobado por la comunidad científica. Dicho esto, se pudo verificar durante el proceso en contra del patólogo que este realizó el procedimiento que dicta la *lex artis* para el tipo de dolencia que tenía la paciente, dado que en ningún momento se discute la idoneidad con la que el médico actuó, en el entendido que bajo su conocimiento, los antecedentes de la paciente de cáncer en su núcleo familiar y lo observado en el examen que ejecutó tenía claridad sobre la patología de la paciente.

Ahora bien, durante el proceso el reproche hacia el patólogo se fundamentó en que este habría sobrepasado el riesgo permitido al no practicar un examen más especializado de inmunohistoquímica para dar su concepto, sin embargo, dicho examen se practica bajo la discrecionalidad que cada médico posee como se observó en el juicio, esto quiere decir que tampoco hay una vulneración a la *lex artis* dado que en este tipo de procedimientos no es obligatorio acudir al examen mencionado y menos cuando el sujeto no tiene dudas sobre lo dictaminado, por lo cual no se vulneró ni desconoció lo reglado para la actividad desplegada por el agente.

Es importante recordar lo dicho por la Corte en el sentido de que se debe valorar la actuación del agente desde una perspectiva *ex ante*, o sea que se debe retrotraer la valoración al momento en que se realizó la acción, y evaluar si conforme a la posición de un observador inteligente en la misma situación del autor, el suceso sería adecuado para producir el resultado

típico. Respecto a esto también nos encontramos con que a lo largo del juicio varios profesionales en patología manifestaron que habrían actuado de la misma manera que el médico condenado, en la medida de que como lo vimos anteriormente, realizar el examen de inmunohistoquímica es discrecional en el ejercicio de cada profesional.

Igualmente, traemos a colación el artículo No. 10 de la Ley 23 de 1981, que consagra: “*el médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente*”.<sup>60</sup> De esta norma, tampoco se puede alegar su vulneración, en el entendido de que en juicio nunca se probó que el médico falló en su dictamen por no dedicar el tiempo adecuado para la valoración de la paciente, sino todo lo contrario, él desplegó su actividad conforme a sus conocimientos y con el fin de tratar la patología de la paciente a tiempo.

Efectuada las anteriores precisiones, podemos afirmar que se cumple el limitante de riesgo permitido en el caso objeto de estudio, dado que como lo hemos visto, se da en aquellos eventos en donde un agente ocasiona la lesión a un tercero, en desarrollo de su actividad dentro del marco permitido que impone el ordenamiento jurídico, pero no le es imputable el comportamiento ya que el sujeto obró dentro del riesgo permitido.

### **2.3. ¿Era necesaria la pena?**

Para abordar esta pregunta, resulta necesario establecer la necesidad de la pena como un principio estipulado en la Ley 599 del 2000<sup>61</sup> de la siguiente manera:

*“ARTÍCULO 3o. PRINCIPIOS DE LAS SANCIONES PENALES. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.*

*El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan.”*

---

<sup>60</sup> Congreso de Colombia. (18 de febrero de 1981). Por la cual se dictan normas en materia de ética médica. [Ley 23 de 1981].

<sup>61</sup> Congreso de Colombia. (24 de julio de 2000). Código Penal. [Ley 599 de 2000]. D.O.: No. 44.097.

Igualmente es importante mencionar las nociones de la Corte Constitucional, en sentencia C-647 de 2001, en la que define en qué consiste la necesidad de la pena, para ello, exige que la pena funcione para la preservación de la convivencia armónica y pacífica de la sociedad, acota además que:

*“No sólo en cuanto ella por su poder disuasivo e intimidatorio evite la comisión de conductas delictuales, o por lo menos las disminuya, sino también en cuanto, ya cometidas por alguien, su imposición reafirme la decisión del Estado de conservar y proteger los derechos objeto de tutela jurídica y cumpla además la función de permitir la reincorporación del autor de la conducta punible a la sociedad de tal manera que pueda, de nuevo, ser parte activa de ella, en las mismas condiciones que los demás ciudadanos en el desarrollo económico, político, social y cultural”<sup>62</sup>*

Es de anotar que la necesidad de la pena es uno de los principios, junto con el de proporcionalidad y razonabilidad, que deben estar inmersos dentro de la imposición de la misma, por ende el juez penal al hacer uso de sus facultades, debe definir si la imposición de una pena por una conducta antijurídica responde al principio de necesidad de la misma, ya que de no ser así, los principios orientadores del Estado se rompen, debe ser visto en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan<sup>63</sup>.

Teniendo en cuenta la obra “Fundamentos de Derecho Penal, parte general” del maestro Fernando Velásquez<sup>64</sup>, se encarga de desarrollar el concepto de necesidad de la pena, en el que establece que la imposición de una pena debe ser indispensable para reproducir en la realidad el programa político criminal que el legislador de manera previa ha diseñado, esto se puede acotar en el axioma “*nulla poena sine necessitate*”, además el juez penal debe considerar que se reporte un daño mínimo posible para el condenado, de esta manera se podrá enmarcar dentro de la prevención de nuevos delitos, como lo estipula el autor, la base de estos conceptos nace de las filosofías utilitarias predicadas por el pensamiento penal ilustrado por medio de juristas como C. Beccaria y J. Bentham, acogido por nuestro ordenamiento jurídico colombiano.<sup>65</sup>

---

<sup>62</sup>Corte Constitucional, Sala Plena. (20 de junio de 2001). Sentencia C-647 de 2001. [MP. Alfredo Beltrán Sierra].

<sup>63</sup>Gaceta Jurídica. (2016). *Fines de la pena, en el ordenamiento penal Colombiano*. pag 45.

<sup>64</sup>Velásquez. F. (2020). *Fundamentos de Derecho Penal, Parte General*. Capítulo Decimoctavo LA PENA, Primera editorial Tirant lo Blanch.

<sup>65</sup>Como la Constitución Política, artículos 10, 12, 20, 50 y 250 par 2. y Código Penal Artículo 30.

Bajo esta misma luz, la pena sólo debe imponerse a los transgresores de la ley que ejecuten actuaciones que sean objeto de un desvalor grave y que, supongan un elevado grado de nocividad o perjuicio para la sociedad, que de un mensaje a la sociedad para que esta conducta no se repita.

Efectuadas las anteriores precisiones, afirmamos que para el galeno condenado, de 85 años de edad (actualmente), no era necesaria la imposición de pena alguna, ya que las conductas desplegadas por este sujeto se limitaron a realizar su trabajo como médico patólogo, en el que siguiendo los parámetros de su profesión, como se vio en apartados anteriores, actuó bajo los presupuesto de la *lex artis*, de esta manera el mensaje que se le dio a la sociedad fue que los médicos en el desarrollo normal de su profesión pueden ejecutar conductas con un desvalor grave que suponen un elevado grado de nocividad para la sociedad, ocasionando también que la comunidad médica en la actualidad se incline por prever aún más sus actos y generando un temor generalizado en ellos.

### ***¿Qué consecuencias tiene la decisión condenatoria en la comunidad médica?***

Ahora bien, a manera de reflexión del trabajo aquí desarrollado, es posible inferir que la condena impuesta al médico patólogo por el error en el dictamen que ocasionó lesiones a una paciente, envía un mensaje sumamente preocupante a la comunidad médica, en el entendido de que abre la posibilidad de que las actividades ejecutadas por algunos profesionales de la salud no se encuentren bajo los parámetros del riesgo permitido según los jueces del Estado y por ende, tomen la decisión de criminalizar su comportamiento, entendiendo que la sanción penal comporta la máxima drasticidad que es la pérdida de la libertad del sujeto.

Lo que también ocasiona que los médicos en general, en especial aquellos que tienen la obligación de determinar los diagnósticos, sean eventualmente menos eficaces, lo que supone una demora desproporcionada en el tiempo para dar un diagnóstico, ya que el galeno usará todos los medios que tenga en su alcance para ser más preciso con la enfermedad o patología de su paciente, incluso algunos por este temor a ser condenados, trabajen en áreas distintas, lo que en últimas implica que las personas tendríamos que esperar más tiempo solo por saber nuestra patología, sin duda alguna, un grave perjuicio se ha ocasionado en el ambiente médico.

### **Conclusión**

Luego de inmiscuirnos, analizar y profundizar en los aspectos jurídicos fundamentales que dieron lugar a la condena del patólogo, podemos evidenciar que actualmente el Estado Colombiano despliega como alternativa principal su fuerza punitiva como mecanismo de solución de conflicto, lo que desconoce en principio los presupuestos esenciales del derecho penal, desconoce también las múltiples instancias jurídicas que son ideales para solucionar conflictos como el estudiado en el actual trabajo.

Tampoco se dieron los elementos de la imputación objetiva porque no existió ninguna vulneración a la *lex artis*, dado que en el tipo de procedimiento practicado no es obligatorio acudir al examen de inmunohistoquímica y menos cuando el sujeto no tiene dudas sobre lo dictaminado, por lo que no se vulnero ni desconoció lo reglado para la actividad desplegada por el agente.

Igualmente al examinar si conforme a la naturaleza de una persona con grandes capacidades que se encuentre situado en la posición del autor, el hecho sería o no adecuado para producir el resultado típico. Encontramos que a lo largo del proceso varios profesionales en patología manifestaron que habrían actuado de la misma manera que el galeno condenado, según lo analizado con anterioridad, realizar el examen de inmunohistoquímica es discrecional en el ejercicio de cada profesional.

Amén de lo anterior, se cumple el limitante del riesgo permitido en el caso objeto de estudio, dado que como lo hemos advertido, se da en aquellos eventos en donde un agente ocasiona la lesión de un bien jurídico de un tercero, en desarrollo de su actividad dentro del marco permitido que impone el ordenamiento jurídico, pero no le es imputable el comportamiento ya que el sujeto obró dentro del riesgo permitido.

Por otro lado, no se evidencio que la pena fuese necesaria en el presente caso, ya que el patólogo no representaba un peligro para la sociedad, con el desplegar de sus actuaciones tampoco se encontró que estos representaran un desequilibrio en el balance armonioso de la sociedad, fue simplemente un galeno que realizó su trabajo bajo las obligaciones que su profesión le confiere, que si bien con su conducta pudo ocasionar posteriormente algún daño, este no debía ser de reproche penal.

El verdadero perjuicio se le ocasionó a la sociedad, ya que la sociedad médica, especialmente los patólogos, actualmente por el temor a ser judicializados en el ámbito penal, no dan diagnóstico alguno o simplemente cesan labores en esa área, como se explicó anteriormente,

las personas por este hecho tendríamos que esperar dos o tres veces más tiempo, simplemente para conocer nuestra afección.

Es por ello que a todas luces, la jurisdicción civil en sede de responsabilidad civil extracontractual era la instancia por excelencia para dirimir este conflicto, ya que en últimas la condena del patólogo en esencia contrajo la obligación en cabeza de éste, de pagar una suma considerable de dinero a quien se reputó como la víctima, y a una pena de 10 meses para una persona que para ese momento ya era considerada de la tercera edad, por consiguiente, si lo que se perseguía era remuneración por el daño ocasionado, perfectamente se hubiese podido acudir a la instancia civil, sin necesidad de la intervención penal, esto debe ser considerado como un llamado de atención a todos los operadores jurídicos, estudiosos del derecho y practicantes del mismo, ya que al no observar los principios generales del derecho y los fundamentos explicados en el presente trabajo, ocasiona que haya un perjuicio mayor en la sociedad que la indemnización que pueda tener un particular.

### **Referencias bibliográficas.**

Barona, R. (2001). *Derechos y obligaciones en la Relación Médico - Paciente*. Revista Médico Legal, 55-65. [Archivo PDF].

[http://www.medicolegal.com.co/pdf/esp/2001/7/2/leg\\_jur\\_4\\_v7\\_r2.pdf](http://www.medicolegal.com.co/pdf/esp/2001/7/2/leg_jur_4_v7_r2.pdf)

Barona, R. (2016). *Responsabilidad médica y hospitalaria*. Bogotá D. C.: Leyer.

Bernate, F. (2010). *Imputación objetiva y responsabilidad penal médica*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, op. cit., p. 66. En similar sentido ROXIN, Claus: Derecho penal, Parte general I (traducción de Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel Díaz y García Conlledo, y de Javier de Vicente Remesal), Madrid, Civitas, 1997, pp. 49 y ss; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas: Tratado de Derecho penal, Parte general (traducción de Miguel Olmedo Cardenete), Granada, Comares, 2002, pp. 56 y ss.

Código Civil [Código]. Arts. 1494 ss. 15 de abril de 1887

Código Civil [Código]. Art. 2341. 15 de abril de 1887.

Constitución Política de Colombia. [Const]. (1991) 2da Ed. Legis.

Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (14 de julio de 2017). Sentencia T-453-17. [MP. Diana Fajardo Rivera].

Corte Constitucional, Sala Plena. (16 de mayo de 2011). Sentencia C-365-2012. [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional, Sala Plena. (20 de junio de 2001). Sentencia C-647 de 2001. [MP. Alfredo Beltrán Sierra].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (17 de noviembre de 2011). Sentencia 11001-3103-018-1999-00533-01. [MP. William Namén Vargas].

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (5 de marzo de 1940). Sentencia de 5 de marzo de 1940. [MP. Liborio Escallón].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (18 de mayo de 2005). Sentencia 14415. [MP. Jaime Alberto Arrubla Pasca].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (30 de septiembre de 2020). Sentencia SP3672-2020. [MP. Hugo Quintero Bernate].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (22 de mayo de 2008). Sentencia 27357 de mayo 22 de 2008. [MP. Julio Enrique Socha Salamanca].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (29 de junio de 2016) Sentencia SP8759-2016. [MP. José Luis Barceló Camacho].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (11 de abril de 2012). Sentencia rad. N°. 33920. [MP. Augusto Ibáñez Guzmán].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (24 de octubre de 1990). Sentencia 5902. [CP. Gustavo de Greiff Restrepo].

Congreso de Colombia. (24 de julio de 2000). Código Penal. [Ley 599 de 2000]. D.O.: No. 44.097.

Congreso de Colombia. (24 de julio de 2000). Artículo 63. [Titulo IV]. Código Penal. [Ley 599 de 2000]. D.O.: No. 44.097.

Congreso de Colombia. (18 de febrero de 1981). Por la cual se dictan normas en materia de ética médica. [Ley 23 de 1981].

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=68760>

DePolo, J. (2022). Carcinoma Ductal Invasivo. Breastcancer. [En línea].

<https://www.breastcancer.org/es/tipos/carcinoma-ductal-invasivo>

Real Academia Española: Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. (2022). *Pena Accesorio*. [En línea]. <https://dpej.rae.es/lema/pena-accesoria>

Finkielsztein, J. (2003). *LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA*. [Archivo PDF]. <https://core.ac.uk/download/pdf/47069428.pdf>

Flórez, R. S. (2006). *El ejercicio humanista de la Medicina en un sistema de salud comercializado*. Revista de la Universidad Industrial de Santander. Salud, 38(2), 153-158.

Gaceta Jurídica. (2016). Fines de la pena, en el ordenamiento penal Colombiano. pag 45.

LÓPEZ, C. (1998). *Introducción a la imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Lombana, J. (2007). *Derecho penal y responsabilidad médica*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.

JAKOBS, G. (1996). La imputación objetiva, p. 30

Juzgado Séptimo Penal de Cali. (19 de diciembre de 2012). Sentencia No. 143.

Macia, A. (2005). *La responsabilidad médica por diagnósticos preconceptivos y prenatales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Mariñelarena, J. L. M. (2011). *Responsabilidad profesional médica. Cirujano General*, 33(S2), 160-163.

Mazeaud, H., Mazeaud, L., Tunc, A., Capitant, H., & y Castillo, L. A. Z. (1962). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Ediciones Jurídicas Europa-América.

Medina, J. (s.f). *LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL SISTEMA FUNCIONAL DEL DERECHO PENAL*. [Archivo PDF]. [https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20110307\\_01.pdf](https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20110307_01.pdf)

Mir Puig, S. (2006). *Derecho Penal. Parte General*. [Archivo PDF]. <https://proyectozero24.com/wp-content/uploads/2021/09/Mir-Puig-2006-Derecho-Penal.-Parte-Genera.pdf>

Quebradas, D. Gutierrez, D. (2013). *IMPUTACIÓN OBJETIVA, NACIMIENTO, ALCANCE, CARACTERÍSTICAS Y DEFINICIONES PROPIAS*. [Archivo PDF].  
[https://repository.icesi.edu.co/biblioteca\\_digital/bitstream/10906/79513/1/TG01112.pdf](https://repository.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/79513/1/TG01112.pdf)

Tamayo, J. (1990). *Culpa Contractual*. Ed. Temis. p.16.

Tamayo, J. (2015). *Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá D.C.: Temis.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Decisión Penal. (14 de febrero de 2013). Sentencia 7600 16000 193 2007 84801. [MP. Leoxmar Benjamín Muñoz Alvear].

LM Marcelo, BJ Domingo, CF Reyna, DC José, LT Philippe, SB Jorge. (2007). *Tratado de Responsabilidad Médica*. Pág. 114-156 ed. Ubijus 2007. Colombia.

Roxin, C. (2002). *La imputación al tipo objetivo. En Imputación objetiva y antijuridicidad*. Estudios de Derecho Penal. Primera edición. Editorial Jurídica Bolivariana.

ROXIN, C. (2008). *Derecho penal*. Tomo I. Madrid, Civitas.

Valencia, C. (2013). *LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA*. Revista Temas Socio Jurídicos. pp. 117-136.

Vélez, G. (s.f). *LA IMPUTACIÓN OBJETIVA: FUNDAMENTO Y CONSECUENCIAS DOGMÁTICAS A PARTIR DE LAS CONCEPCIONES FUNCIONALISTAS DE ROXIN Y JAKOBS*. [Archivo PDF].  
[https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080527\\_35.pdf](https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080527_35.pdf)

Velásquez. F. (2020). *Fundamentos de Derecho Penal, Parte General*. Capítulo Decimoctavo LA PENA, Primera editorial Tirant lo Blanch.

Zambrano, A. (2020). *Fundamentos del derecho penal*. Editorial Ibáñez.

