



Revista Colombiana de Anestesiología

Colombian Journal of Anesthesiology

www.revcolanest.com.co



REFLEXIÓN

Reflexión

Las capacidades especiales del profesional de la salud[☆]



Geovana Andrea Vallejo Jiménez

PhD en Derecho, Universidad de León en España, Profesora titular de la Universidad de San Buenaventura, Adscrita al grupo de investigación Derecho, Cultura y Ciudad de la Universidad de San Buenaventura, Medellín, Colombia

INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO

Historia del artículo:

Recibido el 10 de junio de 2014
Aceptado el 19 de enero de 2015
On-line el 26 de febrero de 2015

Palabras clave:

Imprudencia
Responsabilidad legal
Cuerpo médico de hospitales
Aptitud
Dolo

R E S U M E N

Introducción: Uno de los parámetros que se emplean a la hora de analizar la existencia de un delito imprudente es el llamado baremo del hombre medio ideal. Por lo tanto, para valorar si ha existido una imprudencia médica, generalmente se utiliza el criterio del médico medio común ideal. Sin embargo, existen situaciones en las cuales los profesionales de la salud poseen unas habilidades superiores a las del médico medio común. Este artículo busca reflexionar en torno a si esas cualidades individuales superiores deben exigirse, pues en caso de que el médico deje de emplearlas y simplemente actúe como otro profesional común de la salud, ¿podrá incurrir en responsabilidad penal médica por imprudencia cuando se produzca una lesión en la vida o la salud del paciente?

Metodología: La metodología aplicada para esta investigación fue la dogmática jurídico penal, es decir, se trató de averiguar qué es lo que dice el Derecho penal en torno al problema planteado, siempre buscando respetar el principio de legalidad. Asimismo la ruta metodológica que se siguió en esta investigación comprendió básicamente 3 momentos: exploratorio, focalización y profundización. En cuanto al material utilizado, el 80% de las obras corresponde a la doctrina española, pues es allí donde se ha trabajado ampliamente el tema tratado en este escrito, y el 20% restante se refiere en su gran mayoría a obras alemanas traducidas al español y algunas colombianas, pues aquí son escasas las obras sobre el tema en exclusivo. **Resultados:** Existen 3 teorías que pretenden dar respuesta al anterior cuestionamiento y que serán analizadas en este texto: teoría individualizadora, teoría objetiva y teoría intermedia o complementaria.

Conclusiones: Después del análisis a estas teorías se concluye que la teoría más adecuada será la teoría intermedia o complementaria.

© 2015 Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación. Publicado por Elsevier España, S.L.U. Este es un artículo Open Access bajo la licencia CC BY-NC-ND (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>).

[☆] Este texto es producto de la tesis doctoral «Responsabilidad penal sanitaria: problemas específicos en torno a la imprudencia médica», desarrollada dentro del marco del doctorado «Responsabilidad jurídica. Una perspectiva multidisciplinar», de la Universidad de León, en España, y defendida el 12 de septiembre de 2012. Este trabajo se inscribe en los proyectos de investigación DER2010-16558 (Ministerio de Ciencia e Innovación de España en parte con fondos FEDER) y DER2013-47511-R (Ministerio de Economía y Competitividad de España) del que es investigador principal el Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo y de cuyo equipo investigador formo parte.

Autor para correspondencia: Carrera 56C # 51-110 Bello, Antioquia, Colombia

Correo electrónico: geovanna.vallejo@usbmed.edu.co

<http://dx.doi.org/10.1016/j.rca.2015.01.005>

0120-3347/© 2015 Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación. Publicado por Elsevier España, S.L.U. Este es un artículo Open Access bajo la licencia CC BY-NC-ND (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>).

Keywords:

Imprudence
 Liability Legal
 Medical Staff Hospital
 Aptitude
 Intent

The special abilities of the healthcare professional**A B S T R A C T**

Introduction: One of the parameters used when analysing the occurrence of an offence of negligence is the so-called ideal average individual scale. Thus, in order to determine whether medical negligence has occurred, the criteria that apply to the average ideal practitioner are generally used. Nonetheless, there are situations in which healthcare professionals have abilities that are superior to those of the average ideal practitioner. This essay reflects on whether these superior individual qualities should be taken into account when analysing these situations, and asks whether it is possible for a physician to be held criminally liable for negligence (in cases where harm to the life or health of the patient occurs) when he or she is not using those superior individual skills but is simply acting as any other healthcare professional.

Methodology: The methodology used for this research project was the criminal dogmatic perspective, that is, a search of what criminal law has to say regarding the proposed problem, always looking to respect the principle of legality. Also, the methodological path followed throughout this research consisted mainly of three moments: an exploratory phase, a focusing phase and a concretion phase. As for the sources used, 80% of them come from the Spanish doctrine, it having dealt widely with the study of the issue at hand, and the remaining 20% consists of German work translated into Spanish, plus some limited work conducted in Colombia specifically regarding this subject in particular.

Results: There are three theories that aim to answer the aforementioned question, all of which will be analysed in this essay, namely: the individualizing theory, the objective theory, and the intermediate or complementary theory.

© 2015 Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación. Published by Elsevier España, S.L.U. This is an open access article under the CC BY-NC-ND license (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>).

Concepto de capacidades especiales

De acuerdo con la doctrina mayoritaria española que ha venido trabajando ampliamente este tema, como por ejemplo Romeo Casabona¹, Paredes Castañón², Luzón Peña³, Feijoo Sánchez⁴, Mir Puig⁵ y Rodríguez Vázquez⁶, entre otros, las capacidades individuales o especiales se definen como aquellas aptitudes o habilidades innatas que posee un médico en particular para el desempeño de su actividad; así, por ejemplo, hay quienes sostienen que el cirujano que posee ciertas habilidades individuales para el desempeño de su profesión debe utilizarlas siempre en las intervenciones quirúrgicas en las que participe⁷.

No obstante, es preciso advertir que no se puede confundir capacidades individuales, especiales o superiores, con conocimientos especiales, pues este último es entendido como el aprendizaje que ha ido adquiriendo el galeno a lo largo del desempeño o por estudio de su actividad, obteniendo un especial conocimiento sobre situaciones o casos concretos⁶. Sin embargo, para efectos de este trabajo, solo se hará referencia a las capacidades individuales, dejando para un posterior artículo el análisis de la aplicabilidad de los conocimientos especiales en la actividad médica.

Para poder entrar a determinar si las capacidades individuales del médico deben valorarse en el contexto jurídico penal, en caso de que se esté responsabilizando por una conducta imprudente^{8,9}, encontramos 3 teorías en la doctrina jurídica que pretenden dar una explicación sobre si es pertinente o no incluir un elemento subjetivo en el deber de

cuidado para ubicar las capacidades especiales del sujeto, en este caso, del profesional sanitario. Estas teorías corresponden a la teoría individualizadora o subjetiva, teoría objetiva y teorías intermedias o complementarias.

Teoría individualizadora o subjetiva

La corriente doctrinal¹⁰⁻¹² que predica la individualización de la conducta considera que en materia de responsabilidad médica no se puede acudir al baremo del hombre medio, sino a la de un hombre diligente en la misma posición del autor. Para un sector de esta doctrina¹³⁻¹⁶ las capacidades especiales influyen en el momento de determinar la infracción del deber de cuidado, pues se considera que el riesgo de lesión no puede ser conocido por el hombre medio (caso fortuito) pero sí puede ser conocido por el sujeto que posee cualidades superiores (entonces, delito imprudente), y por ello para él la realización del delito es evitable¹².

De acuerdo con estas premisas subjetivistas, el médico solo debe impedir el resultado lesivo que le es posible evitar¹⁷. En otros términos, de acuerdo con esta teoría, en la actividad sanitaria se responsabilizará de un delito imprudente al médico que, teniendo capacidades individuales superiores, no las utiliza, pese a que su actuación se haya ajustado a *lex artis* de un médico medio; es decir, si este practica un procedimiento como lo haría un galeno del común y se produce un resultado lesivo para el paciente, pero se comprueba que aquel tenía la posibilidad de evitarlo por poseer capacidades

especiales, ha de responder penalmente por el resultado que se produzca.

Teoría objetiva

Existe una tesis completamente contraria a la anteriormente expuesta, la de las teorías objetivas; estas suponen que cualquier persona está obligada al empleo del cuidado objetivamente debido para evitar la realización de comportamientos imprudentes¹⁸⁻²⁰. El criterio en la atención que se exige del autor para la identificación del peligro es el de una persona concienzuda y juiciosa perteneciente al ámbito del que procede el autor¹⁴. En palabras de Cerezo Mir, «el deber de cuidado es, por tanto, un deber objetivo. No es posible que su contenido se determine en función de la capacidad individual. Si cada persona estuviera obligada únicamente a prestar el cuidado o diligencia que le fuera posible, según su capacidad, y estuviera facultado, con esa condición, para realizar cualquier tipo de actividad en la vida social, se produciría el caos más absoluto. Ello supondría un grave quebranto para la protección de bienes jurídicos»²¹.

Así entonces, bajo este presupuesto, en materia sanitaria bastará con que el médico emplee la diligencia debida que le brinda la *lex artis* para que se entienda que ha cumplido con el deber objetivo de cuidado. Por ejemplo, al médico cardiólogo que adelanta una operación quirúrgica a corazón abierto solo se le podrá exigir actuar como lo haría cualquier otro médico cardiólogo diligente en su misma situación; por lo tanto, si este llegara a poseer cualidades especiales que le hubiesen podido permitir evitar el fallecimiento del paciente, de conformidad con lo expuesto, esas circunstancias superiores no se tendrían en cuenta en el momento de realizar la valoración jurídica, toda vez que el médico actuó como lo haría cualquier otro especialista normalmente capacitado¹.

En resumen, la teoría objetiva, a diferencia de la subjetiva, plantea el delito imprudente a partir de un aspecto enteramente objetivo; por ello se excluye cualquier análisis sobre capacidades especiales del sujeto, esto quiere decir que esta teoría parte de un hombre medio ideal, que en el caso de la actividad sanitaria será un médico cuidadoso y diligente que debe actuar conforme a la media de sus colegas, sin que deba incluir las capacidades superiores en la práctica de una intervención, por lo que el juez no tendrá que valorarlos en caso de que el facultativo que los posea haya omitido emplearlos.

Teoría intermedia o complementaria

Pese a que Luzón Peña³ considera que en materia de delito imprudente debe acudir al baremo del hombre diligente, este autor asume una postura intermedia y que, en materia de capacidades individuales, resulta complementaria de la anterior. Esto por cuanto este autor analiza, junto con las capacidades individuales, los conocimientos especiales, pero como se advirtió en un principio, en este texto solo nos interesa ocuparnos de las primeras, pues los conocimientos especiales serán objeto de un trabajo posterior, ya que tienen una solución diferente a la que se adoptará con las capacidades individuales.

Luzón Peña³ opta por una postura complementaria a partir de la teoría objetiva, al considerar que si bien no se puede olvidar que el límite del deber de cuidado viene dado por la fórmula del hombre medio ideal, las circunstancias especiales que poseen los profesionales de la salud van a depender de que estas puedan o no transmitirse al sujeto medio ideal.

Así entonces, de acuerdo con esta teoría, cuando se trata de capacidades especiales y superiores, hay que tener presente que estas corresponden a las habilidades específicas del médico; por lo tanto, son consideradas como circunstancias personalísimas del sujeto, que obedecen a factores que este ha adquirido como producto de su destreza innata o por la experiencia que le ha permitido actuar con mayor pericia en determinadas actividades; por lo tanto, no podrán ser transmitidas a otro sujeto para efectos de determinar si a este le era previsible que con su actuación podría causar un resultado lesivo para la vida o la salud del paciente.

Por lo anterior, cuando una enfermera tiene especial habilidad para canalizar venas y en alguna oportunidad, por descuido, simplemente utiliza la misma pericia que hubiera empleado otra enfermera cuidadosa y diligente —ideal—, aquella no habrá infringido el deber objetivo de cuidado en caso de producirse en el paciente un daño en los tejidos que le causen una pérdida de movilidad del antebrazo, toda vez que su habilidad superior para canalizar venas, por ser personalísima, el juez al momento de realizar su valoración no puede transmitirla hipotéticamente a otra enfermera puesta en su misma situación, y por lo tanto bastará con constatar que aquella ha actuado en ese evento como lo haría una enfermera ideal.

Conclusión

De acuerdo con lo expuesto hasta el momento, habrá que decir que las 2 primeras posturas son opuestas entre sí, mientras la última es complementaria de la teoría objetiva, la cual particularmente consideramos en este trabajo resulta ser la más pertinente. Veamos por qué.

El criterio subjetivista que acude solamente a las capacidades especiales del sujeto implica una vulneración del principio de igualdad⁷, pues exige al personal sanitario que se comporta prudentemente ir más allá de lo que realmente la norma le demanda. Regirse por criterios individuales entorpecería la disposición de adoptar prevenciones de seguridad todavía sin obligatoriedad general e inhibiría todo intento de desarrollar las capacidades personales por encima de la media, pues ello conduciría, por ejemplo, a que un médico se abstuviera de demostrar sus habilidades y capacidades, por temor a una condena por imprudencia¹⁷.

Por otra parte, si bien es cierto que las posturas objetivas parten de una afirmación correcta, considero que esta postura se queda corta en su explicación, pues solo se dedica a fundamentar la teoría a partir del baremo del hombre medio ideal, sin atender a las circunstancias de transmisibilidad de las capacidades especiales²², la cual brinda un criterio jurídico más amplio para solucionar estas situaciones conforme a Derecho.

Por lo anterior, habrá que decir que la solución que aquí se asumirá corresponde a la propuesta realizada por Luzón

Peña, pues resulta ser el argumento más sólido y convincente a la luz de algunos principios básicos del Derecho penal, como por ejemplo la *ultima ratio*, que exige que este solo debe aplicarse cuando sea estrictamente necesario, y el principio de culpabilidad, que prohíbe al juez realizar valoraciones de responsabilidad basadas en criterios personales. Las capacidades superiores del médico, tal y como se explicó antes —las cuales, como pudo advertirse en un principio, no deben confundirse con los conocimientos especiales adquiridos en la academia y evaluados en los procesos de calidad de la educación²³—, tienen un carácter personalísimo e individual, y solo le pertenecen al médico que las posee; por lo tanto, en estos casos el juez no podría hacer una valoración sobre la existencia de la responsabilidad penal por imprudencia, toda vez que no le sería dable transmitir esas capacidades especiales en un juicio hipotético a otro médico, y de hacerlo estaría vulnerando el principio de la culpabilidad penal. No obstante, a lo que sí está obligado el médico es a comportarse en todo momento como lo haría un profesional cuidadoso y diligente en el ámbito de su profesión, conforme a los avances de la misma y a las competencias integrales²⁴ que estos adquieren en el aprendizaje y ejercicio de su profesión²⁵, pues de no hacerlo podría incurrir en una responsabilidad penal por imprudencia.

Por último, se hace preciso aclarar que el hecho de que estas situaciones no puedan ser valoradas desde la jurisdicción penal, pues serían contrarias al principio de la culpabilidad, no indica que otros mecanismos de control éticos o disciplinarios no puedan intervenir para imponer alguna sanción ejemplarizante al profesional de la salud; incluso habrá que afirmar que, si de lo que se trata no es de una imprudencia sino de que el médico intencionalmente ha dejado de emplear sus capacidades superiores para causar daño en la vida o en la salud del paciente, en ese caso específico habrá responsabilidad penal, pero por un delito doloso, más no imprudente, como hemos venido analizando a lo largo de este trabajo.

Financiación

La autora no recibió patrocinio para llevar a cabo este artículo.

Conflicto de intereses

La autora declara no tener conflicto de intereses.

REFERENCIAS

- Romeo Casabona C. El médico y el Derecho penal. I. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal). Barcelona: Bosch; 1981.
- Paredes Castañón J. El riesgo permitido en Derecho penal (régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas). Madrid: Ministerio de Justicia e Interior; 1995.
- Luzón Peña D. Lecciones de Derecho penal general. Parte general. 2.ª ed Valencia: Tirant lo Blanch; 2012.
- Feijoo Sánchez B. Resultado lesivo e imprudencia: estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado». Barcelona: José María Bosch; 2001.
- Mir Puig S. Derecho penal. Parte general. 9.ª ed Barcelona: Reppertor; 2011.
- Rodríguez Vázquez V. Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo: Marcial Pons; 2012.
- Corcoy Bidasolo M. El Delito imprudente: criterios de imputación del resultado. 2.ª ed Montevideo: BdeF; 2005.
- Montealegre Lynett E. La culpa en la actividad médica: imputación objetiva y deber de cuidado. RChD. 1987;14:260-311.
- Vallejo Jiménez G. Aproximación al concepto de imprudencia. Nuevo Derecho. 2010;6:29-37.
- Zugaldía Espinar J. La infracción individual del deber de cuidado en el sistema del delito culposo. ADPCP; 1986. p. 321-32.
- Jakobs G. Derecho penal. Parte general. Fundamentos y Teoría de la imputación. 2.ª ed Madrid: Marcial Pons; 1997.
- Choclan Montalvo A. Deber de cuidado y delito imprudente. Barcelona: Bosch; 1998.
- Hava García E. La imprudencia médica. Valencia: Tirant lo Blanch; 2001.
- Jescheck H, Weigend T. Tratado de Derecho penal. Parte general. 5.ª ed Granada: Comares; 2002.
- Quintero Olivares G. Parte general del Derecho penal. En: Cizur Menor. 4.ª ed Navarra: Thomson-Aranzadi; 2010.
- García Rivas N. La imprudencia «profesional»: una especie a extinguir. DS. 1999;6:79-95.
- Serrano González de Murillo J. Teoría del delito imprudente: doctrina general y regulación legal. Madrid: Ministerio de Justicia; 1991.
- Torio López A. El deber de cuidado en los delitos culposos. ADPCP. 1974:25-59.
- Gimbernat Ordeig E. Introducción a la Parte general del Derecho Penal Español. Madrid: Universidad Complutense; 1979.
- Jorge Barreiro A. La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica. Madrid: Tecnos; 1990.
- Cerezo Mir J. Curso de Derecho penal Español. Parte general. Tomo II. 6.ª ed Madrid: Tecnos; 1998.
- Blanco Cordero I. Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito. Granada: Comares; 2001.
- Delgado-Ramírez M. Examen de Estado de la Calidad de la Educación Superior: SABER PRO ¿Qué indican sus resultados? Rev Colomb Anestesiología. 2013;41:177-8.
- Gil F, Rodríguez V, Sepúlveda L, Rondón M, Gómez-Restrepo C. Impacto de las facultades de medicina y de los estudiantes sobre los resultados en la prueba nacional de calidad de la educación superior (SABER PRO). Rev Colomb Anestesiología. 2013;41:196-204.
- Martin LD, Rampersad SE, Low DKW, Reed MA. Mejoramiento de los procesos en el quirófano mediante la aplicación de la metodología Lean de Toyota. Rev Colomb Anestesiología. 2014;42:220-8.