

ANALISIS DE LA POSICIÓN DE GARANTE DEL MÉDICO EN LA SENTENCIA SP
8759 DEL 2016 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL,
BAJO UNA PERSPECTIVA DE LA RESPONSABILIDAD DEL EQUIPO MÉDICO.

CLAUDIA ELIANA GONZALEZ MARQUEZ

TUTOR: DIEGO FERNANDO TAUTIVA LOYOLA

MAESTRIA EN DERECHO MEDICO

UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI

CALI-VALLE

2023

Análisis de la posición de garante del médico en la sentencia SP 8759 del 2016 de la Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, bajo la perspectiva la responsabilidad del equipo médico.

Análisis of the position of guarantor of the doctor in the ruling SP 8759 of 2016 of the Supreme Court of Justice criminal cassation chamber, from the perspective of the responsibility of the medical team.

Resumen

Este artículo de investigación pretende analizar críticamente las razones y fundamentos de la Corte Suprema de Justicia respecto a la posición de garante de un médico patólogo, será una investigación básica, haciendo una revisión de la literatura disponible en las bases de datos, Google académico, Dialnet, v/lex para obtener la literatura disponible sobre la responsabilidad que se ha establecido hasta el momento y las formas de derivación de responsabilidad en el proceso de atención del grupo médico, dentro del marco de la investigación cualitativa, realizar una crítica a la posición de garante, revisando el alcance del principio de confianza en la delegación de funciones, la función del médico tratante o líder de equipo y así mismo su responsabilidad ante los errores de los mismos. Adicionalmente se hace la revisión de las formas de delegación de trabajo y responsabilidad es en los equipos de atención en salud, en sus formas horizontal y vertical, ampliando el concepto de supervisión o supervigilancia que se puede aplicar a los líderes de los equipos de atención, con el fin de demostrar la ampliación de la posición de garantes a todos los integrantes de un grupo involucrados en el proceso de atención de un paciente y los alcances de la limitación de la responsabilidad bajo el principio de confianza .

Abstract

This research article aims to critically analyze the reasons and foundations of the Supreme Court of Justice regarding the position of guarantor of a pathologist, it will be a basic research, reviewing the literature available in the databases, Google Scholar, Dialnet , v/lex to obtain the available literature on the responsibility that has been established so far and the forms of derivation of responsibility in the care process of the medical group, within the framework of qualitative research, make a critique of the position of guarantor, reviewing the scope of the principle of trust in the delegation of functions, the role of the treating physician or team leader and also their responsibility for their errors. Additionally, the forms of delegation of work and responsibility in health care teams are reviewed, in their horizontal and vertical forms, expanding the concept of supervision or supervigilance that can be applied to the leaders of care teams. in order to demonstrate the extension of the position of guarantors to all members of a group involved in the patient care process and the scope of the limitation of responsibility under the principle of trust.

PALABRAS CLAVE : principio de confianza , posición de garante , delegación , responsabilidad
Supervisión

KEYWORDS: principle of trust, guarantor position, delegation, responsibility,Supervision.

INTRODUCCION

La Corte Suprema de Justicia en su sentencia SP 8759 del 2016 con M.P. José Luis Barceló da como culpable en un delito de lesiones personales culposas a un médico patólogo en el grado de coautoría, a pesar de que por definición deberían existir varios sentenciados, es el único sancionado del equipo médico involucrado en el proceso, la falta de claridad del alcance de la responsabilidad en caso de lesión de cada uno de los integrantes del equipo médico tomando en cuenta el alcance y el impacto de sus decisiones genera un gran interrogante en cuanto a la responsabilidad de cada uno los integrantes del equipo médico, y su función en cuanto a la posición de garante y como esta se puede limitar con base en el principio de confianza, se

pretende realizar una confrontación de los conceptos aplicaciones de la corte en la sentencia con las formas de delegación de funciones en el trabajo del equipo médico para aclarar si el principio de confianza es válido como limitante a la responsabilidad que por omisión se hace ante faltas a la posición de garante, dando pie a la conformación de una responsabilidad de todo el equipo médico, acorde con lo dictado en la corte como coautoría disminuyendo la importancia de conceptos como el principio de confianza bajo unos requisitos especiales, situación que toma cada vez más relevancia ante la realidad de la evolución de la atención especializada de los médicos que ha llevado a la conformación de grupos especializados o en centros de excelencia que hace aún más presente la toma de decisiones conjuntas en un grupo de profesionales liderados por un médico, se realizara una revisión de los conceptos claves como posición de garante y sus implicaciones penales, como del principio de confianza y las diferentes formas de delegación en los grupos sanitarios explicando su forma vertical y horizontal , se realizó una búsqueda de la literatura disponible de manera exhaustiva usando las palabras clave "posición de garante del médico", "responsabilidad del equipo médico", así como termino asociados en las bases de datos, este es un artículo producto de una investigación básica de características cualitativas que con un método teórico inductivo, se realizara una revisión de las diferentes formas como se realiza la asignación de funciones en el trabajo en equipo y así poder hacer un análisis en la proporcionalidad de la responsabilidad al momento de la sanción a consecuencia de una omisión que resulta en un daño en el paciente, así se comenzara con una revisión de la sentencia que motiva la revisión haciendo la revisión de los conceptos usados por la corte y la motivación fáctica que lleva a confirmar la decisión Suprema de Justicia en la sala de casación en su sentencia SP 8759 del 2016 con M.P. José Luis Barceló, posteriormente desarrollaremos una descripción de las formas de delegación de trabajo dentro de un grupo de profesionales de la salud así como sus formas de delegación vertical y horizontal, de la responsabilidad que tiene cada uno de los delegatarios así como de la necesidad de la supervisión en todas las formas de delegación en unas más que en otras y como esta posición de supervisión no queda exenta nunca de la responsabilidad haciendo que este sea un limitante real a la capacidad liberadora de culpa que podría tener el principio de confianza, por lo que este nunca sería un eximente de responsabilidad ante una lesión de un paciente sufrida en el proceso de atención, Se finalizara con una confrontación de estos conceptos con los dados por la Corte Suprema de Justicia, buscando la aplicabilidad de los mismos sobre la delegación de funciones y sus alcances en la responsabilidad, dejando en evidencia así como todos los involucrados en la atención de un paciente tienen un mayor o menor grado la posición de garante son respecto a la atención de este,

mediado por un acuerdo tácito al aceptar involucrase en atención, dando pie que el principio de confianza no sea un eximente válido para limitar la posición de garante, teniendo la responsabilidad en caso de una lesión al paciente al tener el conocimiento del acto que produce el daño y ante la omisión del actuar que demanda la posición permite que se produzca el daño.

El cáncer de mama solo en mujeres causa en estados unidos 43.170 nuevos casos cada año y una de cada 6 casos muere por esta causa, los hombres son el 1 % de los cánceres de mama cada año y la aplicación de exámenes frecuentes hace cada vez que el diagnóstico sea más precoz, los antecedentes como la presencia de esta patología en familiares, consumo de bebidas alcohólicas, nuliparidad y edad avanza en el primer parto, antecedentes de terapia hormonal y obesidad son consideradas como factores de riesgo, la detección se hace por medio del examen de mamografía y luego viene una confirmación por medio de biopsia y la valoración del estadio de la enfermedad, lo que quiere decir si se ha diseminado a otros órganos o el tamaño de la lesión al momento del diagnóstico, (NIH, instituto nacional del cancer, USA.)

Se debe hacer estudio de la lesión a nivel químico si presenta o no receptores hormonales y el perfil génico para determinar factores pronósticos, el estudio de 21 tipo de genes oncotype DX, los que son positivos para receptores hormonales marcan la posibilidad de recidiva después del manejo inicial, la característica según el tipo que quiere decir la ubicación en el tejido de la mama podría ser ductal, lobulillar, pezón y así marcar características histológicas, otra clasificación depende del tamaño de la lesión o si hay o no presencia de diseminación del cáncer a ganglios linfáticos.

Dentro del tratamiento la cirugía tiene como objetivo la extracción de la mayor cantidad de celular tumorales posibles, La remoción quirúrgica contempla la conservación de la mama versus la resección solo del tumor tomando también la biopsia de ganglio centinela o mastectomía radical modificada con o sin reconstrucción la selección del procedimiento dependerá de la histología de la biopsia inicial y el tamaño de la lesión la extracción de los ganglios para determinar las metástasis y la reconstrucción si es posible en ese momento, los procedimientos pueden ser de conservación como la cuadrantectomía o la extirpación total como la mastectomía radical y posterior a la cirugía se tendrían en cuenta otras terapias como radioterapia, quimio terapia o terapia hormonal (Palmero PJ. Y cols.2022), como coadyuvante dependerá de los receptores hormonales si están presentes o no y de la inmunohistoquímica que se procesa como examen sobre el tejido inicial tomado en la biopsia.

La inmunohistoquímica Esta es una prueba que se basa la reacción de un anticuerpo específico para la identificación de una molécula fue desarrollada inicialmente en 1941, como prueba reporta la presencia de receptores de estrógenos en los tumores de mama que los hacen sensibles a esta haciendo, así como el lineamiento para el tratamiento de la paciente, esta prueba recibe también le nombre de Prueba RE/RP IHQ (Bringham and women 's hospital)

La responsabilidad en conjunto de un grupo de médicos en caso de lesiones personales , está amparada en la teoría de los delitos imprudentes en grado de coautoría , como veremos a lo largo del artículo, la normatividad en España está orientada también a la coautoría en delitos imprudentes manejando conceptos como principio de confianza y delegación que son temas que ampliaremos más adelante, en la normatividad chilena apreciamos como la responsabilidad esta llevada a un grado de supervigilancia que es dado a la persona que delega la tarea que termina produciendo un daño, en la literatura colombiana la autora Laverde en el libro *la irresponsabilidad médica a su total dinamismo* hace un llamado a que se comience a litigar al respecto considerando que existe un cambio sustancial en la forma de atención que ha llevado a la especialización de grupos marcando un proceso de cambio en la valoración de la responsabilidad penal en grupo que hasta el momento solo era tomada en cuenta para los casos de responsabilidad civil y en la reparación de las víctimas.

1. LA POSICIÓN DE GARANTE EN LA RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA CONFORME A LA SENTENCIA SP 8759 DEL 2016, DE LA CORTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL

La forma de entender la denominada posición de garante es una herramienta creada para valorar las omisiones de aquellos que se encuentran en una situación que fundamenta un deber jurídico de garantía y cuidado, respecto a la no verificación de un resultado.

Es, por tanto, que autores como Cuadrado Ruiz, plantean que “la posición de garante se encuentra en el corazón de la problemática de los delitos de comisión por omisión, ya que determina el círculo de personas que pueden ser autores en este tipo de delitos” (Cuadrado Ruiz, 2000). Es decir, únicamente aquellos sujetos garantes de que no se produzca el resultado, son quienes pueden ser autores de un tipo de comisión por omisión. Siendo la posición de garante

“un elemento necesario, pero no suficiente para afirmar la comisión por omisión” (Cuadrado Ruiz, 2000).

Con base en lo anterior, se procederá con el análisis de responsabilidad en cuanto al equipo médico, partiendo de la Sentencia SP 8759 del 2016 de la Sala de Casación Penal de Corte Suprema de Justicia. Esta sentencia se originó a raíz de una reclamación por lesiones personales culposas que sufrió una paciente al realizársele una mastectomía radical debido a un diagnóstico de tumor maligno realizado por un médico patólogo.

En los párrafos finales de la sentencia, la Corte hace referencia a la posición de garante, mediante un recurso de ley, donde se hace el análisis de la responsabilidad del cuidado en cabeza de una persona que está en posición de evitar un daño, lo que permite la imputación objetiva en casos de delitos por omisión. Se establece así el nexo necesario entre la lesión y el autor para la correcta imputación del cargo de lesiones personales derivado del diagnóstico del médico patólogo en este caso en revisión.

La sentencia establece claramente que el patólogo no es el autor material de las lesiones sufridas por la paciente, como tampoco puede dársele el apelativo de determinador, ya que no es quien ordena el procedimiento que, en última instancia causa la lesión, puesto que es el cirujano quien debe tomar la decisión del procedimiento a realizar. Esto lleva a la conclusión de que el patólogo tiene un papel de partícipe en el acto médico, lo que genera debate sobre si debiese ser sancionado solo en situaciones en las que la Corte enfatiza que es un partícipe y exime de los delitos imputados a todos los que participaron en la atención y tuvieron una injerencia directa en la lesión.

Por lo anterior, a continuación, se abordan en primer lugar los principales argumentos de la Corte en la sentencia referida, con respecto a la posición de garante del médico, resaltando los conceptos con los cuales la Corte define la posición de garante. Luego, se continúa con la forma en que la Corte aborda la aplicación y define la falla del médico, y finalmente, se realiza la revisión de los conceptos que nos abren la posibilidad de aplicar la responsabilidad al equipo médico.

1.1 Argumentos De La Corte En La Sentencia Con Respecto A La Posición De Garante Del Médico-Aspectos Facticos.

La sentencia que nos aboca hoy al conocimiento se genera en el contexto de una mastectomía radical, cirugía que implica la amputación total del seno. En este caso la paciente es una mujer. Se hace la aclaración, ya que este procedimiento se puede realizar en hombres con patologías similares. El procedimiento se lleva a cabo enmarcado por un diagnóstico de una patología tumoral maligna que un médico patólogo realiza a partir de una muestra enviada por un ginecólogo. La sentencia indica que la muestra no hacía referencia al sitio de donde se extrajo, y el cirujano alega que, al no conocer el sitio exacto de la lesión, se vio obligado a realizar una eliminación total de la mama. Cuando se realiza el análisis final de patología en esa pieza quirúrgica, se descubre que se trataba de una lesión benigna que no requería ese enfoque tan agresivo. De esta manera, se genera una lesión deformante definitiva en la paciente.

Entre los argumentos con los cuales se sentencia al médico patólogo están no ordenar exámenes que hubieran aclarado el tipo de lesión maligna que era y al no haber ordenado dichos paraclínicos, no se adoptaron las medidas necesarias para evitar las consecuencias que condujeron a la amputación del seno de la paciente situación que constituye una falta al deber objetivo de cuidado. Al procesar las muestras sin que estuvieran debidamente marcadas, se elevó el riesgo, el cual la paciente no debía tolerar.

La Corte Suprema hace referencia al artículo 25 del Código Penal y al Código de Ética Médica en su artículo 10; estos se orientan hacia una dedicación del tiempo necesario para poder hacer una valoración adecuada de la patología del paciente y de su salud, que conlleven a una orden de las pruebas necesarias para el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad.

La posición de garante está basada también en el artículo 15 de la Ley 23 de 1981 donde se llama al médico a solicitar la autorización para la realización de los procedimientos, haciendo hincapié en que no debe exponer al paciente a riesgos injustificados sin explicar posibles secuelas o consecuencias del procedimiento. Este compromiso de no exponer al paciente a riesgos injustificados, junto con una explicación de secuelas y riesgos, es cuando el médico asume voluntariamente la posición de garante y crea una responsabilidad de protección hacia el paciente.

La Corte realiza una revisión de jurisprudencia previa donde se exponen las características y elementos de la imputación objetiva, la posición de garante y la imposibilidad de la responsabilidad en casos inesperados. El uso de todos los medios para alcanzar el diagnóstico es lo que impone el deber objetivo de cuidado, y esto es aplicable para todos los profesionales de la medicina.

Así por ejemplo en la sentencia de la CSJ;SP Rad 27357¹, se habla en relación a la imputación objetiva y de la importancia de la voluntad en los delitos culposos, con respecto a los riesgos permitidos y su creación, en las sentencias con radicación número 12742², 16636³ y 22941⁴ del 4 y 20 de mayo del 2003 y del 20 de abril del 2006, donde se valora el momento de la creación del riesgo permitido y si ese se manifestó en el resultado final que solo la causalidad por sí sola no es válido como una concepto para la imputación jurídica, como hace referencia la sentencia con radicado 32582⁵ sentencia del 27 de octubre del 2009.

La corte concluye que hubo negligencia por parte del patólogo al no tener el debido cuidado en cuanto a su posición de garante y no el ginecólogo que fue quien tomó las muestras, donde se documentó un error en la marcación correcta de las mismas.

1.2 Parte motiva de la sentencia

La Corte acepta que, en el proceso de atención de una enfermedad, aunque existe la *lex Artis*, la aplicación de esta puede variar en cada caso, mientras no se genere un riesgo que el paciente no está obligado a tolerar, y que el análisis de la *lex Artis* se debe hacer con guía de los protocolos o lineamientos válidos para el caso.

En este caso, el patólogo asume el diagnóstico inicial de carcinoma sin una verificación posterior como un aumento del riesgo que no está contemplado dentro de la *lex Artis* y que la decisión de la mastectomía radical es responsabilidad del ginecólogo al no marcar las muestras adecuadamente para su ubicación, pero delega la responsabilidad en el patólogo al adjudicar una segunda conducta que termina aumentando el riesgo ya de por sí elevado.

¹ Corte Suprema de Justicia , Sala de Casación Penal , Radicado 27357, 22 de mayo del 2008,MP Julio Enrique Socha Salamanca ,Tema principal homicidio culposo , sentencia a un médico por el fallecimiento de un paciente en proceso de atención por choque anafiláctico , con el cargo de someter la paciente a una riesgo injustificado ,sentencia que no se casó.

²Corte Suprema de Justicia , Sala de Casación Penal, Radicado 12742 ,4 de mayo del 2003 ,MP MP Álvaro Orlando Pérez Pinzón,tema principal de homicidio en calidad de cómplices , por una muerte en un operativo en un retén, cuyo concepto es sobre el aumento del riesgo jurídicamente permitido , sentencia que fue casada.

³Corte Suprema de Justicia ,Sala de Casación Penal ,Sentencia 16636 de 20 de mayo de 2003,MP Álvaro Orlando Pérez Pinzón, Tema específico sobre homicidio culposo cometido en actividades peligrosos , superación del riesgo permitido y principio de confianza, sentencia no se casa.

⁴ Corte Suprema de Justicia ,Sala de Casación Penal ,Sentencia 22941 del 20 de abril 2006, MP Álvaro Orlando Pérez Pinzón, ,tema específico: menor de edad, acción a propio riesgo, principio de confianza penal, superación del riesgo permitido, homicidio culposo. no se casa la sentencia

⁵Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal ,Sentencia 32582 del 27 de octubre del 2009, ,MP Javier Zapata Ortiz , Tema principal homicidio culposo, con negligencia médica por paciente que fallece en la atención de un infarto agudo de miocardio, se casa la sentencia .

Previo al procedimiento, resulta relevante mencionar algunos de los aspectos del trabajo en equipo tenidos en cuenta en la sentencia. Se destaca que el patólogo no es el autor material de las lesiones personales, ya que no realiza el procedimiento en la paciente, ni es el determinador de la misma al no tomar decisiones de operación o tratamiento, responsabilidades que recaen en el cirujano oncólogo y otros médicos involucrados en la atención de la paciente.

No se pronuncian sobre la posición del cirujano ya que fue absuelto en las sentencias previas. Se sostiene que el patólogo es considerado coautor del delito, lo que abre la puerta para imputar responsabilidad a otros miembros del equipo médico. Así mismo en el código de ética médica una de las obligaciones de los médicos es certificar acerca de la enfermedad y tratamiento efectuado al paciente, esto es completamente válido tanto para el patólogo como para todos los integrantes del equipo médico involucrados.

En cuanto al procedimiento realizado, se deja la conducta del cirujano como obligatoria al no poder definir el sitio exacto de la lesión, pero se desvirtúa la necesidad de la misma ante un riesgo familiar de cáncer de mama documentado, exponiendo este argumento como "deleznable"⁶, y se lo refiere como una conducta perversa que elimina todo el concepto de debido cuidado y la exigencia misma de la aplicación de la *lex Artis*.

La corte admite que la observación del patólogo, que es la revisión de arquitectura de la lesión, no está mal realizada, pero que lo que está penalmente sancionado es que confió solo en su diagnóstico y no solicitó pruebas adicionales para la certificación del mismo ante el impacto negativo que tendría ese diagnóstico en la paciente.

Para poder realizar la imputación objetiva del daño, el nexo causal debe estar claro como lo menciona el artículo 25 de la Ley 599 el 2000, dado como origen que la infracción al deber objetivo de cuidado satisface la imputación objetiva cuando la omisión de la actividad genera un riesgo que termina en una lesión.

Así cuando un médico asume el manejo de una paciente acepta voluntariamente la posición de garante y debe cumplir con el deber objetivo de cuidado dentro de su propio campo, haciendo del actuar dentro de la *lex Artis* una precaución técnica para evitar mayores riesgos dentro de la atención, teniendo en cuenta que el objetivo desde la realización del diagnóstico y tratamiento de la enfermedad es la curación o la disminución de los efectos negativos que esta tiene en el paciente.

⁶ RAE, Real academia de la lengua, significado deleznable : adj. Despreciable o censurable. adj. De poco valor.

Dentro de la Sentencia, es de resaltar el reconocimiento que efectúa la Corte, de que el patólogo no es el autor material en la conducta de lesiones personales, ya que no es quien realiza el procedimiento a la paciente, pero tampoco como determinador de la misma, ya que no toma la decisión de operar y no indica el tratamiento a seguir, situación que si realiza el cirujano Oncólogo y habla de la posición de garante que asumen todos los médicos involucrados en el proceso de atención de la paciente, como son el cirujano, el ginecólogo .

Así mismo en el código de ética médica una de las obligaciones de los médicos es certificar acerca de la enfermedad y tratamiento efectuado al paciente, esto es completamente válido tanto para el patólogo como para todos los integrantes del equipo médico involucrados.

2. La Posición De Garante En Materia De Responsabilidad Penal Es Proporcional Para Todos Los Involucrados En La Atención Del Paciente, Teniendo En Cuenta Las Diferentes Áreas Del Conocimiento Que Convergen En Un Equipo Médico.

El trabajo en equipo es parte de la evolución histórica de la medicina. Los primeros reportes datan del siglo XVII, siempre con una preocupación por la salud de las personas. En ese siglo, en Alemania, existía una dirección central que se encargaba de supervisar. De la misma manera, en Francia, el grupo estaba constituido por médicos, físicos y químicos. Ya en el siglo XVIII se ve al equipo médico como un grupo de médicos y enfermeras con la visión de curar la enfermedad. La visión actual se acuñó entre los años 1930-1940 y se refiere a diversos integrantes dirigidos hacia una atención integral (Saar & Trevizan, 2007).

El trabajo en equipo implica la unión de varias personas con un objetivo común para alcanzar una meta: mejorar la seguridad del paciente brindando apoyo desde todos los integrantes para minimizar los errores en la atención. Estos equipos requieren supervisión y medición de los objetivos en los que están enfocados (Rangel, B., 2019).

2.1-Definición Roles Y Delegación De Funciones En El Equipo Médico

El rol en el ámbito profesional se define como el conjunto de comportamientos que se espera que asuma una persona en función de la formación recibida y la posición en la que ejerce su profesión. Esto conlleva actividades y asignaciones acordes a su preparación (Ministerio de Salud y Protección Social, 2016).

Históricamente, se ha considerado al médico como el principal responsable de iniciar el diagnóstico y el manejo. Debe orientar y supervisar todo el trabajo de otros profesionales cuyas tareas son complementarias, pero no están exentos de responsabilidad (Saar & Trevizan, 2007).

Es importante aclarar el concepto de equipo multidisciplinario e interdisciplinario. El primero se refiere a personas de diferentes profesiones, mientras que el segundo, que es el que nos interesa, se relaciona con el grupo de profesionales de un mismo servicio profesional. En este caso, la acción es simultánea y complementaria, y la responsabilidad es compartida. Todos los esfuerzos están orientados hacia un mismo fin, y se caracteriza por la integración de conocimientos en pro de una comprensión integral. Esto se basa en pautas claras, como la comunicación, el consenso y la interacción (Pizarro R., 1981).

Es evidente que el trabajo en equipo debe contar con un liderazgo que sea el encargado de dirigir y coordinar a los miembros del equipo. Además, este líder debe asignar los roles dentro del equipo médico (Rando, 2016).

Dentro de la división del trabajo en la medicina y la multiplicidad de participantes en un acto médico, siempre hay un médico a cargo del paciente para guiar el manejo y ordenar exámenes. Esto es necesario para que el paciente no sea considerado solo un objeto. Siempre se debe analizar si la división se realizó de manera horizontal o vertical, y esta división es susceptible de fallos, especialmente cuando existen problemas de comunicación, coordinación e instrucción (Lombana, J., 2010).

La división del trabajo en sus diferentes formas crea un problema desde el punto de vista penal, ya que genera una actividad fragmentada, lo que dificulta establecer responsabilidades en caso de resultados adversos (Salazar Montero, 2021). Por lo tanto, a continuación, procederemos a revisar las diferentes formas de delegación de funciones.

Para aclarar este punto, es importante considerar el proceso de delegación de funciones en el grupo que brinda atención al paciente. Una de las posibilidades es la delegación vertical, que se refiere a la asignación de actividades a una persona que es miembro del equipo pero que posee un título académico diferente al de medicina, como una enfermera o un terapeuta. A estas personas les corresponde un aspecto específico de la atención, y se busca una atención integral (Salazar Montero, 2021, p. 168).

Esta forma de delegación se caracteriza por impartir órdenes que deben ser acatadas y cumplidas, dependiendo del nivel profesional del personal que integra el equipo. Se basa en un supuesto de supervisión y responsabilidad por parte de la persona que realiza la delegación (ibidem).

Se basa en una clara jerarquía y una diferencia en la formación de los miembros, quienes delegan y quienes reciben las directrices. Esto hace que el principio de confianza no tenga mucha relevancia, ya que, al presentarse una organización jerárquica, no existe realmente por parte del superior una confianza propiamente dicha. Esto se debe a que, por su naturaleza, el superior debe estar al tanto de las actividades desarrolladas por su delegatario, haciendo que, cuanto menor sea la preparación académica del delegatario, mayor sea el nivel de supervisión que este debe tener. Así, el principio de confianza en las relaciones verticales está supeditado a características como selección, coordinación, control y supervisión (Vallejo Jiménez, 2014)

Según Salazar (2021), la delegación horizontal se entiende como el trabajo entre personas con la misma titulación o entre iguales, que en la mayoría de las ocasiones tienen una jerarquización dada por el organigrama institucional, más que por diferencia de grado profesional, como entre todos los médicos especialistas que intervienen en el manejo clínico del caso.

Aunque en la organización esta división se base en conceptos académicos, siempre se toma como ejemplo la división de trabajo del cirujano y el anestesiólogo. En ocasiones, esta división demuestra una complementariedad de labores dentro de un universo de necesidades de un paciente, que son interdependientes y existe una autonomía en cuanto a sus actividades. Sin embargo, este último argumento no es cierto, ya que el trabajo en conjunto genera un grado de relación entre las funciones de todos los integrantes del equipo médico. Existe una estrecha conexión del trabajo de uno para la toma de decisiones por parte de otro integrante del grupo, como la necesidad de la lectura de patología o de las imágenes diagnósticas para la toma de conductas por parte de cirujanos o médicos tratantes (Salazar Montero, 2021).

En la delegación horizontal, el principio de confianza adquiere su mayor relevancia, en especial entre médicos especialistas. Existen múltiples puntos de vista en los cuales este principio es ilimitado, mientras que otros creen que debe tener un grado de limitación, que es la teoría más aceptada. Este principio se interrumpe al observar una conducta que se aleja de las buenas prácticas por parte de algún colega. Es imposible afirmar que las actividades son completamente independientes (Vallejo Jiménez, 2014).

La infracción al deber objetivo de cuidado para romper la confianza en la colaboración del otro especialista médico debe ser evidente y fácilmente probable. Esto conlleva a que todos los involucrados en la atención asuman una posición de garante ante la omisión del colega en el incumplimiento de su función asignada y como parte del equipo médico.

Dado que la división de funciones aumenta los riesgos para el paciente, debido a la necesidad de considerar la cualificación deficiente de los colaboradores, los fallos de comunicación y la coordinación defectuosa dentro del equipo médico, es necesario involucrar el concepto de seguridad del paciente. Este concepto se ha consolidado en la práctica médica con el objetivo principal de minimizar el riesgo, estableciendo un sistema de análisis de fallas con el claro propósito de evaluación y estudio. Además, busca eximir de la punibilidad, convirtiéndose en un objetivo fundamental de la Organización Mundial de la Salud, la cual tiene como base la prevención de lesiones en el paciente (denominada evento adverso.)⁷ donde se pretende que todos los integrantes estén involucrados y comprometidos en la cultura institucional y la actitud hacia la prevención de los eventos adversos (Rocco & Garrido, 2017).

Es válido que, a pesar del principio de confianza, exista una supervisión razonable dentro de su aplicación. La responsabilidad recaerá en un tercero en la medida en que este tenga la capacidad de controlar dicha conducta. Esto hace que este principio no se pueda aplicar completamente, ya que no existe un lineamiento claro sobre las actividades de los intervinientes, y se genera un deber especial de actuación en el momento en que se conoce un actuar inadecuado por parte de alguno de los intervinientes (Salazar Montero, 2021).

El trabajo en equipo normalmente se organiza con base en el actuar de un tercero que posee un mayor conocimiento y que limita, en cierta forma, la confianza. Esto termina teniendo la capacidad de selección, formación y coordinación del equipo (Salazar Montero, 2021).

Un ejemplo de supervisión se encuentra descrito en la delegación de funciones de una enfermera a otros de igual preparación académica o a una auxiliar de enfermería, donde se vela por la mejor atención y la enfermera asume la posición de garante en la asistencia del paciente (Milos et al., 2009).

En el Código Sanitario Chileno, el deber de supervigilancia está contenido en el inciso 2 del artículo 113, el cual menciona:

No obstante, lo dispuesto en el inciso anterior, quienes cumplan funciones de colaboración médica podrán realizar algunas de las actividades señaladas, siempre que medie indicación y supervigilancia médica. Asimismo, podrán atender enfermos en caso de accidentes súbitos o en situaciones de extrema urgencia cuando no haya médico

⁷-Evento adverso, es un resultado en los procesos de atención de los pacientes que produce un daño que no fue intencional, esos pueden ser prevenibles y no prevenibles – gua técnica “ buenas prácticas para la seguridad del paciente en la atención en salud”

cirujano alguno en la localidad o, habiéndolo, no sea posible su asistencia profesional. (Ministerio de Salud Pública, 1968)

De lo anterior se colige que cualquier tipo de actividad debe estar supeditada a un grado de supervisión por parte del médico, y solo en casos excepcionales por emergencia se prestará atención en salud sin ningún tipo de supervisión del médico, que se considera el líder del equipo.

En cuanto a la vigilancia de los miembros del equipo, existen diferentes posturas. Si no se tuvo la capacidad de selección, esto exime al líder del equipo de la responsabilidad sobre los actos de los miembros del mismo. Sin embargo, también existe la postura de que, en el caso de no haberlos elegido, el cuidado debe ser mayor en el momento del desarrollo de una actividad profesional (Vallejo Jiménez, 2014).

El deber de supervigilancia surge en la elección y la instrucción, lo que implica seleccionar adecuadamente la actividad que se va a delegar y, de la misma manera, explicar a la persona que llevará a cabo la tarea. Esto implica una supervisión permanente u ocasional de las actividades delegadas para verificar su correcta aplicación, limitando así la responsabilidad de la persona encargada de la labor (Contreras, 2019).

2.2-Estudio De La Posición De Garante En Materia De Responsabilidad Penal Formal

Teniendo el derecho penal como una de las formas de control social, se requiere una acción que modifique el entorno desde el punto de vista de la teoría causalista, donde se necesita que objetivamente sea típica y antijurídica desde el punto de vista objetivo, y desde el punto de vista subjetivo, la culpabilidad. La pena dependerá del grado de desviación con respecto a lo esperado ante la posición de garante según Jakobs (Mesa Velásquez & Quiceno Arenas, 2008, pág. 13).

La violación de la posición de garante se describe como un delito de omisión. A pesar de que, en el derecho penal, la sanción se impone por una acción, en estos casos de los delitos de omisión, se contempla la posibilidad ante la existencia de un contrato o una obligación previa que obliga a una persona a comprometerse de una manera específica, como lo indica el contrato (Santos Estepa, 2020, pág. 23, 25).

La posición de garante en la ley colombiana está respaldada en el artículo 25 de la Ley 599 de 2000, que establece cómo se pueden cometer conductas punibles ya sea por acción o por

omisión. En caso de no llevar a cabo la conducta para evitar la lesión, la persona sería responsable de la lesión sufrida por la otra persona.

La posición de garante implica el deber que tiene una persona de cuidar y evitar las fuentes de peligro que se derivan de una actividad específica para la comunidad y, en nuestro caso, para los pacientes. Y es la omisión de esta responsabilidad la forma en que se puede imputar una conducta dañosa, según Jakobs (La imputación penal de la acción y de la omisión -1996) la omisión de aquello que la norma exige se podría cometer un delito, así en la omisión de una tarea que le fue derivada en virtud de un contrato, se vuelve relevante la promesa de prestación y el curso dañino se puede dar por un problema en la prestación de un servicio, aunque las conductas tenga un riesgo permitido.

Esta posición consta de dos partes: la forma en que se asume el deber de garantía, es decir, la relación entre las partes, que puede o no crear un riesgo. En caso de que no lo cree, el individuo tiene todo el deber de vigilancia. En estos casos, la posición se acepta voluntariamente, como la relación clásica entre los médicos y los pacientes. El concepto se refiere a las relaciones naturales de familia que tienen la posición de cuidado, como la relación entre padres e hijos (Mesa Velásquez & Quiceno Arenas, 2008, pág. 19).

Este deber jurídico está vinculado al cumplimiento de una norma y será imputable dependiendo del comportamiento esperado, generando una obligación y una responsabilidad legal. Conlleva un análisis de las acciones que generan una responsabilidad según el caso concreto, los efectos, riesgos y nexos, lo que lleva a la responsabilidad objetiva. Esto solo se puede aplicar en delitos con modalidad culposa, donde no basta solo con el daño al bien jurídico, debe estar presente la teoría de la causalidad y el riesgo creado para poder asignar la responsabilidad (Peña y Muñoz, 2021).

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en la Sentencia SP1369-2022, número de radicado 52728, con el Magistrado Ponente Fernando León Bolaños Palacios, realiza una revisión de la posición de garante de los médicos. En esta revisión, se menciona que los médicos asumen la posición de garante de manera voluntaria, con el propósito de proteger a la persona o prevenir fuentes de riesgo. La inobservancia de los deberes impuestos puede llevar a la imputación objetiva, especialmente cuando se ha generado riesgos inaceptables. Es importante considerar que todos los procesos médicos conllevan riesgos previstos o que aumentan, y que los resultados no deseados podrían haberse evitado debido a su previsibilidad.

Es relevante destacar que la posición de garante se asume de manera voluntaria a través de un acuerdo o contrato entre un paciente y un médico. Esto nos lleva a la reflexión planteada por Thomas Hobbes en su libro "Leviatán"⁸, específicamente en el capítulo catorce, página 109, donde se discuten los derechos cedidos a través de un pacto. Dentro de este pacto, nadie está obligado a lo imposible, pero todos están comprometidos a hacer todo lo posible. Este principio ha sido validado por la jurisprudencia colombiana, como se observa en las providencias STC-2020 ⁹,sentencia T-062^a/11¹⁰, ambas providencias de dos altas cortes, donde se reconoce este como un principio fundamental del derecho.

2.3-La Proporcionalidad De La Posición De Garante Y El Principio De Confianza En La Responsabilidad Acorde A Los Roles En El Proceso De Atención

La proporcionalidad en la sanción debe evaluarse teniendo en cuenta el tipo de relación establecida entre el paciente y el médico. Esto dependerá de si el equipo médico fue elegido por el paciente o si el paciente es parte de una institución que realizó la elección final. Además, se debe considerar si los miembros del equipo cuentan con la cualificación necesaria para la labor encomendada. Esta perspectiva debe aplicarse al principio de confianza (Bernate, 2010, pág. 177).

En la actualidad, se ha observado una disminución de la responsabilidad individual en la práctica médica, debido a la especialización, sin embargo, no se debe pasar por alto la figura del médico tratante, quien dirige el manejo del paciente. Esto nos lleva al ámbito de la responsabilidad por el hecho del otro, a través de la delegación. En la jurisprudencia francesa, existe una figura especial para la responsabilidad del jefe del equipo médico (Laverde, 2019, pág. 35).

Hasta el momento, es evidente que todo equipo de salud tiene un médico que dirige el manejo y cumple funciones de coordinación e integración de los diferentes miembros del equipo.

De esta manera, el líder es aquel que tiene la capacidad de guiar el manejo médico, al dar una orden que se sale de su campo de competencia directa, debe ejercer cierta supervisión. Esto

⁸ Hobbes, Thomas. (1651). Leviatán o la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil. Recuperado de <https://filosofiapolitica3unam.files.wordpress.com/2015/08/hobbes-thomas-leviatan-fce-completo.pdf>

⁹ Corte suprema de justicia, sala de casación civil y agraria, STC-2020, MP Luis Armando Tolosa Villabona, acción de tutela – segunda instancia – tutela contra providencia judicial de multa y arresto.

¹⁰ Corte constitucional, sentencia T-062A /11, Sala segunda de revisión, MP Mauricio González Cuervo, acción y tutela contra el ISS, ante l negativa del reconocimiento de beneficio pensional

genera una responsabilidad secundaria con respecto a las acciones de los otros miembros del grupo, ya que tiene la capacidad de intervenir en caso de sospecha de una acción inadecuada (Lombana, J.,2010).

Existen varias teorías para asignar la responsabilidad al evaluar el daño en un paciente. Una de ellas implica asignar la responsabilidad total al médico líder del manejo, conocida como la teoría del "capitán de buque". Otra teoría asigna la responsabilidad a todos los miembros del equipo, considerando su capacidad y obligación de supervisión por igual, en virtud de la solidaridad del equipo (Pizarro, 2011).

En este punto, podríamos plantear la pregunta mencionada por el Dr. Bernate en su libro¹¹ sobre la capacidad que tenía el líder del equipo médico en la selección del personal de ese equipo y en la delegación de funciones a los integrantes del equipo. Si tuvo una influencia directa en estos procesos, podría conllevarle la responsabilidad similar a la del capitán del buque, como se mencionó anteriormente.

También surge la pregunta sobre hasta dónde se aplica el principio de confianza. Con un mayor número de personas involucradas en la atención, aumentan las oportunidades de error. Este principio de confianza tiene sus límites en circunstancias especiales, como la presencia de personal nuevo o actividades de algunos miembros del equipo que van en contra de la seguridad del paciente y que son reconocibles por los demás. Por lo tanto, el principio de confianza no tiene un alcance absoluto al limitar la responsabilidad en el equipo médico (Vallejo Jiménez, 2014).

Es importante tener en cuenta que, especialmente en la división de trabajo horizontal, donde podría parecer que las actividades son independientes, no es así. Estas actividades están estrechamente relacionadas y tienen cierta influencia unas sobre otras. Esto permite tener confianza en el actuar de los demás, pero no se pueden pasar por alto conductas incorrectas por parte de un colega. En ese momento, se pierde la aplicabilidad del principio de confianza, y la omisión de actuar adecuadamente se considera una coautoría en el hecho dañoso, dado que todos los médicos asumieron la posición de garante.

Los errores médicos siempre se evalúan desde una perspectiva penal como delitos culposos, respaldados por el artículo 23 del código penal debido al incumplimiento del deber objetivo de cuidado. En estos casos, cuando se genera un riesgo, se considera que todas las acciones son igualmente importantes para la producción del daño. En este contexto, son las omisiones las que permiten que el daño ocurra. No es la acción final, sino la suma de las acciones.

¹¹ Bernate Ochoa, F. (2008). Responsabilidad penal médica, trabajo en equipo y principio de confianza. *Prolegómenos*, 11(21), 65-80. doi:<https://doi.org/10.18359/prole.2525>

El acuerdo no es necesariamente para causar una lesión, sino para un resultado en la atención de salud. Por lo tanto, se contempla la imputación como coautor en el delito culposo (Martínez, 2009).

Por lo anterior, teniendo en cuenta la división de trabajo horizontal donde se podría tender a pensar que las actividades son independientes, es necesario resaltar que no es así, ya que se trata de actividades estrechamente entrelazadas y que tienen injerencia en mayor o menor grado una sobre otra, lo que no permite tener una confianza ciega sobre el actuar del otro, por lo que no se pueden obviar conductas incorrectas por parte de un colega y en ese momento es donde se pierde la aplicabilidad del principio de confianza y la omisión de este error se configura en una coautoría en el hecho lesivo, ya que todos los médicos asumieron la posición de garante (Ibidem).

3. Análisis de la decisión

Debemos ser conscientes de la limitación de esta revisión, ya que estamos ante una sentencia de casación que es un recurso extraordinario dentro de nuestro sistema legal descrito en la Ley 906 del 2004 (Código de Procedimiento Penal [CPP]) en sus artículos 180 al 191, que existe desde la constitución de 1886 y se fortalece ante la constitución de 1991, como mecanismo ante una sentencia injusta, y como ejercicio del derecho a la defensa, en pro de la protección de la dignidad humana y el derecho al buen nombre invocada ante un error de juicio o de actividad. limitada a unos principios como que debe ser rogada, clara, precisa, congruente, debe menos tener claro que no es una tercera instancia por lo que no se puede cavar fundamentos fácticos o probatorios dando solidez al orden jurídico por lo que su objetivo principal es demostrar un error jurídico basado en una falta a las garantías haciendo inválido el proceso, debemos tener claro, que no se van a cuestionar pruebas ni la existencia de estas ni de sus contenidos (López, 2017)(Troncocos, 2020), solo el proceso y la apreciación de las mismas o la interpretación de ley que hace del recurso de casación un proceso técnicamente difícil y muy limitado en el alcance su decisión final.

En su decisión la Corte Suprema de Justicia refiere que el Dr. Duque (SP 8759 del 2016) acepta la posición de garante y se compromete a tomarse el tiempo necesario para la evaluación del caso y asumir la mejor conducta para el manejo del caso, como se ha visto con anterioridad en el transcurso de este artículo el grupo de médicos que atienden un paciente se convierten en un equipo, y al aceptar la atención todos sin ninguna excepción asumen la posición de garante

sobre ese paciente en específico, unidos por el objetivo en común de mejorar las condiciones de salud del paciente, por lo tanto corresponde a todos la protección real de una fuente de riesgo, sobre la que habla el código penal en su artículo 25, obviamente dentro de este acuerdo nadie está obligado a lo imposible pero si están comprometidos a realizar todos los esfuerzos y lo mejor en pro del paciente como lo dice el código de. ética médica.

Bajo una modalidad culposa se evaluara el acuerdo de los médicos para la atención del paciente, la asignación de funciones y la omisión de algunas de las actividades asignadas y que se esperan que se desarrollen en la atención, satisfacen el concepto de coautoría dentro del delito culposo planteado la posibilidad de un delito imprudente, se hace en varias ocasiones las consideraciones sobre el impacto de la no marcaciones las muestras podrá parte del ginecólogo, y como esto aumento los riesgos, violando el deber del objetivo cuidado y la posición de garante , hace referencia explícita que el patólogo no es el autor ya que el no realizo el procedimiento como tampoco indico el tratamiento a seguir por el cirujano oncólogo, por haber sido absuelto no se pronuncian sobre la situación del cirujano, como tampoco se pronuncia sobre la situación del ginecólogo, pero deja claro la posición de coautor del médico patólogo, aquí se hizo responsable al patólogo , pero ya se explicó con anterioridad que todas las acciones son importante para la producción del daño , por lo que no sería valido dejar a los otros integrantes libres de responsabilidad.

En cuanto a la proporcionalidad de la sanción , se ha dicho en el transcurrir de esta lectura que depende de la conexión que se tenga , bajo este precepto , no sería el cirujano quien además realiza la acción final que realmente tiene la posibilidad de genera un daño aquí le corresponde extremar las medidas para que la lesión no se produzca ,hemos revisado en este artículo ,como el principio de confianza no es razón suficiente para alegar un eximente de responsabilidad , viendo como ante la función de delegación del líder del equipo médico si está dentro de su ámbito de conocimiento el área sobre la que delego funciones como en este caso en partícula un cirujano oncólogo sobre el mismo patólogo pidiéndole un concepto sobre una patología que entra directamente sobre su área de experticia pudiendo de esa manera también evitar el resultado lesivo.

Nuestro sistema penal avoca la responsabilidad de manera individual , concepto que está vigente desde hace muchos año, pero se ha visto como la responsabilidad se diluye en el campo de la responsabilidad medica en la misma formación de los equipo de salud cada vez más especializados, aquí hacemos alusión al concepto de Alf Ross (sobre el derecho y la justicia-

1963) que habla sobre la misma actualización de los principios, lo que nos debe hacer un llamado de atención, ante los mismos avances de la atención en salud, el sistema de salud tiene actualmente un sistema de análisis que se conoce bajo el título de análisis de eventos adversos, de esta técnica se ha llegado a la conclusión que los daños no provienen de una acción u omisión de una persona sino que requieren que varias personas obvien sus funciones o realizasen actos inseguros, esta teoría es conocida como la técnica del queso suizo, la formación de equipos es producto de la especialización que requiere la evolución de la medicina , pero todo progreso en la técnica conlleva un riesgo para la seguridad del humanidad, en la jurisprudencia francés acepta la responsabilidad indirecta , por un error cometido por un auxiliar, el mandante responderá por el mandatario, así en caso de una cirugía respondería el cirujano , dando a este el mando de toda la conducta y responde por todas las conductas de los delegatarios (Savatier , 1976)

La Corte Suprema de Justicia considera una delito en coautoría, encontrado otros personas relacionadas con la lesión ocurrida a la paciente sin perjuicio de que se hubiese encontrado a uno de los involucrados inocente en el proceso penal y el otro nunca fue vinculado, se debió dar cumplimiento a lo contemplado en el artículo 67 de la Ley 906 del 2004 en cuanto a la obligación de las personas al conocer de un ilícito de denunciarlo y compulsar copias a las otras jurisdicción pertinentes para el estudio de las lesiones en casos de responsabilidad médica como la civil y la ética (stp15564 del 2022) también en cumplimiento de los artículos 228 y 230 de la constitución política dentro de la aplicación de la autonomía de la administración de justicia (sentencia t-738/07)

El argumento principal al encontrarse culpable al patólogo se fundamentó en que no había ordenado la inmuno histoquímica para la diferenciación de una patología benigna de una maligna, La Lex Artis, que en este caso aplica, son los lineamientos de manejo para cáncer de mama, emanados de la Organización Mundial de la Salud [OMS] en el 2007 la guía para el manejo del cáncer de mama de la OMS daba la inmunohistoquímica para estudios en sitios con máxima capacidad de manejo y se realizaba en ganglios centinelas y se priorizaba la búsqueda de receptores hormonales para guiar el manejo (Anderson, 2007). Estas guías ofrecen procedimientos según el estado de la enfermedad, ya sea limitado o avanzado, y también mencionan posibilidades sobre los recursos disponibles desde el inicio. Se habla de marcadores

de histopatología como complemento al diagnóstico, pero no se asignan responsables para estas actividades.

Se realizó una revisión en bases de datos sobre la realización de la prueba en Colombia , se encuentra un reporte de caso publicado. en el 2011 ,usando la prueba precisamente para la diferenciación de lesiones complejas benignas y maligna de mama , estudio realizo en la ciudad de Medellín , que demuestra que la prueba realmente sirve para diferenciar pero la prueba fue realizada en el 2010 ,no hay reportes previos a esta publicación (herrera y Díaz ,2011), en la guía de manejo del ministerio de salud publicada en el 2017 en su segunda edición , la primera fue en el 2013 trae como aporte nuevo con respecto a la guía del 2013 la inclusión de estudios de genómica ,teniendo en cuenta los argumentos de la guía de la OMS en le 2007 , el primer caso reportado en Colombia en el 2011 con un estudio realizado en el 2010 , esto obliga a plantear la pregunta si la prueba estaba realmente disponible en Colombia para la época del caso clínico que fue en el 2007. la actividad medica es de medios y no de resultados ,se da por sentado que la prueba estaba disponible en Colombia , ante estos hallazgos queda la interrogante si la prueba estaba disponible en el país y si el cirujano oncólogo no estaba en capacidad también de solicitarla , teniendo este como función la integración y la guía del manejo de la paciente.

Conclusiones

La formación de equipos de trabajo en la medicina se ha convertido en una necesidad a la luz del aumento de la complejidad y la especialización del proceso de atención en salud , pero al mismo tiempo conlleva un aumento del riesgo al que se expone un paciente , ya que ante el mayor número de personas involucradas se aumenta la posibilidad de fallos en la comunicación que puedan desencadenar un daño en el paciente. Los grupos de trabajo alrededor de la atención de un paciente, conformado por profesionales de diferentes áreas o ya sea especializados dentro de la misma jerarquía que al involucrarse de manera voluntaria en la atención, acepta la posición de garante. y de la misma manera todos los involucrados tiene responsabilidad en caso de que se presente una lesión o daño en la atención.

La necesidad de una supervisión en el trabajo en equipo es evidente , situación que queda clara en lo transcurrido de este artículo, tanto en las forma se delegación vertical donde existe un claro nivel de jerarquía y una función clara de asignación de funciones ,cuyo ejemplo más claro

es el de la posición de la enfermera jefe de turno con respecto a las auxiliares que está a su cargo, pero solo esta insinuada en los casos de delegación horizontal que es el caso de un médico pidiendo concepto o ayuda a otro médico, es en este último caso donde amparados en el principio de confianza se pretende en ocasiones evadir la responsabilidad en los casos de daño a un paciente, pero se demuestra que el principio de confianza no puede ser utilizado como eximente de responsabilidad de manera absoluta, ya que los conceptos y las conductas terminan unificándose y se complementan y se sobreponen como en el caso en revisión, así el médico que termina pidiendo el concepto al otro médico, tiene que realizar un análisis de la opinión y no hacer un cumplimiento ciego de esta, ya que se considera que este es el que más información tiene del paciente y debe realizar la integración para poder optimizar el manejo del mismo.

Se ha añadido un elemento más liderado por la Organización Mundial de la Salud que es la seguridad del paciente tratando de limitar los errores que son esperables dentro de un actuar liderado por humanos, donde existen unos pasos claros para evitar los errores y prevenir el daño, como en el caso que motiva esta revisión, una muestra de las cuales no se conocía adecuadamente el sitio anatómico de la procedencia de dichas muestras, cuando la Lex Artis indican que estas deben marcar sitio y orientación de la muestra para un adecuado estudio, el patólogo procesa la muestra consciente de este dato faltante, y el cirujano quien es en últimas la que determina el procedimiento a realizar, obvia estas fallas cometidas por ambos profesionales terminando realizando una cirugía sin una rigidez académica, que debe ser importante ante la cirugía tan impactante en la dignidad y en la visión corporal de la mujer, siendo este último el llamado a realizar una integración real de los conceptos aportados por los otros médicos como líder y médico tratante de la paciente produciéndose el daño que motiva el proceso y la sentencia final.

Las lesiones en las que está involucrado un equipo médico caben dentro de la categoría de delitos impudente, debido a la omisión de la posición de garante y les es aplicable el concepto de coautoría en el momento de que se ponen de acuerdo a trabajar en conjunto por la atención de un paciente y el acuerdo previo que se ha realizado para la atención, en marcada en un conocimiento del actuar del colega, como el saber que se han obviado procesos de seguridad establecidos, que conllevan al aumento del riesgo a pesar de la delegación de funciones de manera horizontal en ese caso, el médico tratante debe ejercer una función de supervisión o integración de las conductas dadas por los otros médicos. Y el principio de confianza no es un

eximente ante la omisión de la conducta adecuada o el conocimiento de un error o una conducta inapropiada de otro de los integrantes del mismo equipo médico .

Existió una omisión por parte de la Corte al no compulsar copias a las otras jurisdicciones al encontrar la coautoría y poder hacer así entablar los procesos por lo civil se diera el proceso de reparación propio del derecho civil y el proceso evaluativo ético, como esta acotado en el numeral 24 de ley 734 del 2002 , código disciplinario regido para la fecha, ahora contemplado en el numeral 25 de la ley 1952 del 2019 , donde se ampara la denuncia cuando se tenga conocimiento por parte de los funcionarios públicos como uno de los deberes, siendo este un acto de mero informe ya que no le compete a esa corte iniciar la acción, solo informarlo (STP_4725-2022)¹²

Se interroga la disponibilidad de la prueba en cuestión en Colombia , al no tener acceso en el momento de esta revisión al proceso no hay duda sobre su disponibilidad después del 2010, durante el proceso desconocemos si se cuestionó la disponibilidad de la prueba en Colombia por la parte defensora lo que nos da pie a la consideración de que nadie está obligado a lo imposible como principio del derecho. Siendo esto de radical importancia para el proceso , ya que la justificación de la decisión radica en que no se realizó la prueba.

Como se dijo con anterioridad, queda claro que el principio de confianza no tiene validez absoluta. Para ser eximente de responsabilidad en los casos por omisión en el deber objetivo de cuidado , aun mas cuando los conocimientos son complementarios y no son de dominio exclusivo de una sola persona , haciendo que uno o ms colaboradores dentro de un equipo médico pudiesen tener injerencia el manejo pudiendo de esa manera ejercer su posición de garantes ante el error de un colaborador u otro miembro del equipo medico.

¹² Corte Suprema de Justicia, STP-4725, radicación numero 123300, M.P. Patricia Salazar Cuellar , Bogota ,19 de diciembre del 2022, acción de tutela por negación de acción de tutela ya interpuesta por la sla penal del Tribunal superior de Cartagena , se considero una temeridda del ejercicio de la acción

REFERENCIAS

- Anderson, b. o., yip, c. h., Smith, r. a., Shyyan, r., Sener, s. f., Eniu, a., Carlson, r. w., Azavedo, e., & Hartford, j. (2008). Guideline Implementation for Breast Healthcare in Low-income and middle-income countries: overview of the breast health global initiative global summit 2007. *Cáncer*, 113(8 suppl), 2221–2243. <https://doi.org/10.1002/cncr.23844>
- Bernate Ochoa, F. (2008). Responsabilidad penal médica, trabajo en equipo y principio de confianza. *Prolegómenos*, 11(21), 65-80. Doi:<https://doi.org/10.18359/prole.2525>
- Bernate Ochoa, F. (2010). imputación objetiva y responsabilidad penal médica ,facultad de jurisprudencia ,Bogotá ,universidad del rosario , colección textos de jurisprudencia pág. 176-177
- BHGI-Summary-ESP Org panamericana de la salud .pdf. (2008, modificada en 2013). Recuperado de <https://www3.paho.org/hq/dmdocuments/2016/BHGI-Summary-ENG.pdf>
- Contreras-Chaimovich, Lautaro. (2019). El principio de confianza como criterio delimitador de la responsabilidad penal de los médicos. *Acta bioethica*, 25(1), 35-43. <https://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2019000100035>
- Cuadrado Ruiz, M. Á. (2000). La Posición de Garante. *Revista De Derecho Penal Y Criminología*(6), 11-68.
- Herrera-arias, Omaira del socorro , Diaz-cardona, Jaime, Inmunohistoquímica en Patología de mama. diferenciación de lesiones complejas benignas y malignas de mama: un reporte de caso y revisión de la literatura ,revista colombiana de obstetricia y ginecología vol. 62 no. 3 • julio-septiembre 2011 • (267-271)
<https://doi.org/10.18597/rcog.219>
- Hobbs Thomas , LEVIATHAN .

https://www.google.com/search?q=leviatn+pdf+para+descargar&rlz=1C5CHFA_enCO992CO993&oq=leviatn+pdf+para+descargar+&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOTIJCAEQIRgKKGKABMgkIAhAhGAoYoAEyCQgDECEYChigAdIBCDQyNTVqMGo3qAIAsAIA&sourceid=chrome&ie=UTF-8

Guía de Práctica Clínica para la detección temprana, tratamiento integral, seguimiento y rehabilitación del cáncer de mama sistema general de seguridad social en salud – Colombia guía no 19 – segunda edición guía completa 2017

https://www.cancer.gov.co/recursos_user/masivos/guias_publicadas_917/gpc_ca_mama_v.pdf

Jakobs Günther, la imputación penal de la acción y de la omisión, cuadernos de conferencias y artículos número 12, Universidad Externado de Colombia, centro de investigaciones de derecho penal y filosofía del derecho, Traducción de Javier Sanchez-Vera, 1996

Laverde Corredor, K. L. (2019). De la irresponsabilidad médica a su total dinamismo. Grupo editorial IBAÑEZ.

Lombana, J. (2010). Derecho penal & responsabilidad médica. Editorial Universidad del Rosario. <https://editorial.urosario.edu.co/catalog/product/view/id/7150/s/gpd-derecho-penal-responsabilidad-medica-9789588235745-6363755f3570e/>

López, I. G. (2017). La casación en materia penal: una técnica normalizada y al alcance de todos. recuperado de: <http://hdl.handle.net/20.500.12749/11807>

Martínez Malaver, J. M. (2009). La coautoría imprudente. Criterio Jurídico Garantista, 246-250. Universidad Autónoma de Colombia.

Mesa Velásquez, J. C., & Quiceno Arenas, A. M. (2008). Funcionalismo radical de Jakobs en Colombia. Universidad La Gran Colombia, Seccional Armenia. ISBN: 978-958-8510-04-0. Recuperado de https://www.ugc.edu.co/sede/armenia/files/editorial/funcionalismo_radical_de_Jakobs_en_Colombia.pdf

Milos, P., Larraín, A. I., & Simonetti, M. (2009). Categorización de servicios de enfermería: Propuesta para asegurar una atención de calidad en tiempos de escasez de enfermeras. *Ciencia y Enfermería*, 15(1), 17-24. ISSN 0717-2079.

Ministerio de Salud y Protección Social. (2016). Perfiles y competencias profesionales en la salud: Perspectiva de las profesiones, un aporte al cuidado de la salud de las personas, familias y comunidades. Colombia.

Palmero Picazo, Joaquín, Lassard Rosenthal, Jareth, Juárez Aguilar, Leslie Aylin, & Medina Núñez, Carlos Alonso. (2021). Cáncer de mama: una visión general. *Acta médica Grupo Ángeles*, 19(3), 354-360. Epub 04 de abril de 2022. Recuperado en 22 de abril de 2024, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-72032021000300354&lng=es&tlng=es

Peña Amézquita, D., & Muñoz López, J. (2021). Responsabilidad Penal dentro de la Profesión Médica: Errores Jurisdiccionales. *Verba Iuris*, 17(46), 129-147.

Pizarro Aguilar, Roxana. 1981. Los Equipos Interdisciplinarios. La necesidad del trabajo interdisciplinario en las instituciones de Seguridad Social en Costa Rica. Tesis de Licenciatura en Trabajo Social

Pizarro, Carlos. (2011). Mal praxis en el equipo médico. *Revista médica de Chile*, 139(5), 667-671. <https://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872011000500016>.

Rando Huluk, Ana Evelyn Karina. (2016). Trabajo en equipo: ¿Es posible formar equipos médicos expertos a partir de profesionales expertos?. *Revista Médica del Uruguay*, 32(1), 59-67. Recuperado de http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1688-03902016000100008&lng=es&tlng=es.

Rangel, B. P. (2019). El trabajo en equipo como fundamento en la seguridad del paciente. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10654/21513>.

Real academia de la Lengua

<https://dle.rae.es/deleznable>

Ricaurte-Archila Luisa, Archila-Gómez María del Pilar, Ricaurte-Guerrero Orlando, DE LA INMUNOHISTOQUÍMICA O LA “REVOLUCIÓN

MARRÓN” AL DESARROLLO DE LA BIOPSIA LÍQUIDA EN
PATOLOGÍA TUMORAL 2020

<https://revistamedicina.net/index.php/Medicina/article/view/1587/2034>

Rocco, C., & Garrido, A. (2017). Seguridad del paciente y cultura de seguridad. *Revista Médica, Clínica Los Condes*, 28(5).

Ross Alf – sobre el derecho y la justicia –1963- editorial universitaria de buenos aires

Saar, S. R. da C., & Trevizan, M. A. (2007). Los Roles Profesionales De Un Equipo De Salud: La Visión De Sus Integrantes, *Rev. Latino-am Enfermagem 2007 janeiro-fevereiro*. Recuperado de <https://www.scielo.br/j/rlae/a/9RvxCcjmyjYsyR3XvPVdwDL/?format=pdf&lang=es>.

Salazar Montero, J. P. (2021). Delimitación de la responsabilidad penal médico-sanitaria en el trabajo en equipo [Memorial para optar por el grado de Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid].

Sandoval Serrano, M. I. (2019). PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA RESPONSABILIDAD PENAL DERIVADA DEL ACTUAR DEL EQUIPO MÉDICO. Universidad de Chile.

Santos Estepa, N. E. (2020). Fundamentos de la responsabilidad penal en el ejercicio de la medicina. Editorial Temis.

Seguridad del paciente y la atención segura ,paquetes instruccionales , guía técnica “buenas prácticas para la seguridad del paciente em la atención em salud ”,ministerio de salud y la seguridad social , Colombia ,versión2.0.,<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/CA/Guia-buenas-practicas-seguridad-paciente.pdf>

SAVATIER, René, - La responsabilité médicale en France (aspects de droit privé) in *Revue internationale de droit compare* [em linha], Vol. 28 N°3,1976, pp. 493-510.

Disponible em https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1976_num_28_3_16716

Troncoso Mojica, Jeffrey Alfonso. (2021). la casación penal: de la nomofilaquia al control de legitimidad constitucional de las sentencias. *opinión jurídica*, 20(42), 397-421. e pub May 19, 2021. <https://doi.org/10.22395/ojum.v20n42a16>

Vallejo Jiménez, G. A. (2014). Alcances del principio de confianza en la actividad médica. *Revista Ratio Juris*, 9(19), 53-76.

Normatividad

Constitución Política de Colombia, publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

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

El Congreso de Colombia. (2000, julio 24). Ley 599 de 2000: "Por la cual se expide el Código Penal". Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6388>

El Congreso de Colombia. (agosto 31) LEY 906 DE 2004, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html

Ministerio de Salud Pública de Chile, (1968). Código Sanitario (Decreto con Fuerza de Ley Número 725)

Sentencias

¹ Corte Suprema de Justicia, STP-4725, radicación número 123300, M.P. Patricia Salazar Cuellar, Bogotá, 19 de diciembre del 2022.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2022). Sentencia SP1369-2022 (Número de radicado 52728) con Magistrado Ponente Fernando León Bolaños Palacios. Recuperado de [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1may2022/SP1369-2022\(52728\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1may2022/SP1369-2022(52728).pdf)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. (2020). Sentencia STC-2020 (Magistrado Ponente Luis Armando Tolosa Villabona, acción de tutela – segunda instancia. Recuperado de <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wpcontent/uploads/relatorias/tutelas/B%20OCT2020/FICHA%20T%20202>

Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. (2011). Sentencia T-062A/11 (Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo). Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-062A-11.htm>

Corte Suprema de Justicia. (2016, junio 29). Sentencia SP 8759-2016. Radicación N° 41245. M.P. José Luis Barceló Camacho. Bogotá, D.C. Recuperado de [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/novejuri/penal/SP8759-2016\(41245\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/novejuri/penal/SP8759-2016(41245).pdf)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 12742, 4 de mayo del 2003, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 16636, 20 de mayo del 2003, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 22941, 20 de abril 2006, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 27357, 22 de mayo del 2008, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 32582, 27 de octubre del 2009, M.P. Javier Zapata Ortiz.

Jurisdicción Especial para la Paz ,sala de decisión de tutelas número 2 , M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa , stp15564-2022, radicado 126852 , Bogotá 14 de octubre del 2022

Corte Constitucional de Colombia , sala tercera de revisión , expediente t-1619977, M.P. Jaime Córdoba Triviño, Bogotá ,20 de septiembre del 2007

webgrafía

<https://www.cancer.gov/espanol/tipos/seno/pro/tratamiento-seno-pdq>

actualizada septiembre del 2023

https://healthlibrary.brighamandwomens.org/spanish/Encyclopedia/167,er_pr_ihc_ES#:~:text=%C2%BFDe%20qu%C3%A9%20se%20trata%20esta,mama%20pueden%20crecer%20sin%20estr%C3%B3geno.

Actualizada 9 de enero del 2022

