La responsabilidad penal en el gerenciamiento de establecimientos hospitalarios. Restablecimiento y derechos de victimas

Daniel Santos Carrillo

Código: 4001623223

Asesor metodológico

Josué Otto de Quesada Varona

Director

Misael Tirado Acero

Universidad Militar Nueva Granada

Facultad de Derecho

Diplomado de Investigación Jurídica y Sociojurídica

Bogotá D.C.

2016

La responsabilidad penal en el gerenciamiento de establecimientos hospitalarios. Restablecimiento y derechos de victimas[1]

Daniel Santos Carrillo

Resumen

Un análisis de la responsabilidad penal en las actividades y asistencia médica sanitaria desde el gerenciamiento del establecimiento hospitalario, proclive al riesgo y al daño en la salud de una persona, al poderse configurar una responsabilidad bajo la presunción de una actuación dolosa o culposa. La cualificación que detenta el Gerente o Director de un establecimiento hospitalario, puede involucrar una responsabilidad penal que emerge incipiente, por lo que cabe preguntarse y motiva esta propuesta investigativa ¿qué presupuestos de responsabilidad penal se podrían predicar sobre el gerenciamiento del servicio hospitalario, y cuales se tendrían en cuenta para restablecimiento de los derechos de las víctimas?, analizado desde la dimensión jurídica la propuesta dogmática que podría servir de criterio de atribución penal y con ello determinar si es posible amparar los derechos de las víctimas.

Palabras clave: Principio de legalidad, imputación objetiva, garante, deber de cuidado, delito culposo, comisión por omisión

---

[1]Artículo de la investigación presentada para optar el grado en la Maestría de Derecho Procesal Penal de la Universidad Militar Nueva Granada.

Abogado de la universidad Simón Bolívar, Especialista en Derecho Constitucional, Administrativo y Procesal de la Universidad Libre, Ex-Asesor Jjurídico de la Policía Nacional en el Departamento del Atlántico. Litigante. Profesor en la Universidad Simón Bolívar en Derecho Médico y Derecho Administrativo Laboral y en La Corporación Universitaria de la Costa en Barranquilla. Correo electrónico: santosysantosdsys@hotmail.com

Abstract

An analysis of the criminal responsibility in the activities and medical health care from the management of the hospital establishment, prone to the risk and to the damage in the health of a person, to be able to establish a responsibility under the presumption of an intentional or guilty action. The qualification held by the Manager or Director of a hospital can involve a criminal responsibility that emerges incipient, so it is possible to ask and motivate this research proposal what criminal responsibility assumptions could be preached about the management of the hospital service, and which Would be taken into account for restoration of the rights of the victims ?, analyzed from the legal dimension the dogmatic proposal that could serve as a criterion of criminal attribution and with it to determine if it is possible to protect the rights of the victims.

Key words: Principle of legality, objective imputation, guarantor, duty of care, wrongful act, commission by omission.

Introducción

La responsabilidad penal en las actividades médicas sanitarias tiene a través de la doctrina y la jurisprudencia, identificado generalmente al profesional de la medicina o equipo médico (cuando incumplen los deberes de cuidado que le exigen su condición de médico, sea por negligencia o impericia), regularmente al personal administrativo y excepcionalmente al Director Sanitario (Gerente del Establecimiento Hospitalario). Aquel, puede encontrarse imputado cuando no cumplió las funciones a su cargo, omitió y/o retardó la ejecución de actos propios de su función y con ello contribuyó a la lesión en la vida o integridad personal de un usuario del servicio de salud: Un traslado urgente en ambulancia que presenta demoras en el trámite administrativo, una operación o practica de exámenes diagnósticos prioritarios sin diligencia, que retrasa y pone en riesgo vitalidad, una autorización para intervención quirúrgica que se da tardíamente, demoras en trámites para citas médicas, entrega de medicamentos y retraso en traslados a unidades de cuidados intensivos, entre otras circunstancias atribuidos a la gestión gerencial.

Pocos casos se conocen, uno de ellos, en sentencia absolutoria de la Corte Suprema de Justicia, para el año 2009, en cuyos hechos se investigaba al Gerente de la EPS Clínica Henrique de la Vega del Seguro Social (Médico Jerry Javier cuesta Romero) , quien había sido condenado a la penal principal de 30 meses de prisión, multa equivalente a 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes y a la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, en calidad de autor del punible de homicidio culposo. (Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal – Acta No.339 de 2009, M.P. Javier Zapata Ortiz).

Nuestro ordenamiento penal se hace identificativo, concreto y particular al examinar la actuación del galeno en la praxis médica, cuando ha faltado al deber de cuidado, ha omitido los protocolos de la *lex artis* e incurre en negligencia médica y se hace autor del delito imprudente.

Pero cuando de la condición cualificada de Director o Gerente Sanitario del Establecimiento Hospitalario, trata. No asoman con claridad, los presupuestos normativos que puedan definir su conducta, cuando esta ha derivado en lesión a bienes jurídicos protegidos (vida e integridad personal). Diremos por ello, que efectivamente surge una problemática jurídica, en que los derechos de las víctimas, son expuestos a no encontrar justicia, por ende, la ausencia de restablecimiento de los mismos.

Esa situación problemica, la enfocamos bajo el siguiente interrogante: ¿qué presupuestos de responsabilidad penal se podrían predicar sobre el gerenciamiento del servicio hospitalario, y cuales se tendrían en cuenta para restablecimiento de los derechos de las víctimas?

En consonancia con lo anterior, nos encontraremos con una temática que contribuirá en alguna medida a determinar los criterios que se deben tener en cuenta para la atribución penal de una conducta y consecuentemente generar un espacio de protección de los derechos de las víctimas de la asistencia médica sanitaria recibida en los establecimientos de salud, cuando la responsabilidad aparece diluida entre todo el personal, pero la misma puede concretarse en su Director o Gerente, por lo que se hace necesario establecer unas reglas de atribución jurídico-penal que garanticen seguridad e igualdad, pero que reconozcan los rasgos diferenciadores de los roles y expectativas sociales como dentro de la dogmática penal se vislumbra en las propuestas funcionalistas.

Metodología.

El objetivo general que guio la investigación, correspondió a definir aquellos presupuestos de atribución penal de conductas que deriven en el restablecimiento y los derechos de las víctimas en cuanto a la imputación de responsabilidades penales que involucran a un tercero (Gerente y/o Director), cuando el servicio asistencial médico sanitario en establecimiento hospitalario ha derivado en lesiones y/o homicidio.

Se llega a la elaboración del artículo, a través del método utilizado de carácter descriptivo y analítico; dentro de un trabajo verificable y de revisión normativa, doctrinaria y jurisprudencial que involucra desde luego el tema pluriseñalado. Supeditándose en ese carácter de análisis; presupuestos de la imputación objetiva (injusto típico), culpabilidad), omisión, comisión por omisión y la posición de garante y deber de cuidado.

Resultados

En el ordenamiento penal especial colombiano está declarada la identificación técnica de los sujetos activos de la conducta punible, haciendo recorrido por las diferentes formas de comisión de una conducta punible, bien sea a través de lo que se conoce como las formas de autoría (coautoría) y las diversas formas de participación (determinador, instigador, cómplice e interviniente); como también que las modalidades se circunscriben a las modalidades de las conductas, esto es, dolo, culpa y

preteritención. En los eventos para establecer la responsabilidad penal médica por el daño humano y en el que pueda estar inmerso el Director o Gerente Sanitario del establecimiento hospitalario en esa prestación del servicio asistencial en salud; surge la complejidad normativa que por el contrario no se puede predicar de los galenos cuando se hacen autores, por acción o por omisión, de una mala praxis médica y es sentenciada su responsabilidad.

Revisando la propuesta dogmática del funcionalismo radical, la cual se fundamenta en la teoría del riesgo y los roles o responsabilidades para la atribución de las conductas, a través de la propuesta de la teoría de la imputación objetiva, como base de la atribución del injusto típico y la culpabilidad. Es importante resaltar que dentro de los criterios que fundamentan esta posición teórica se analizan: i) elementos naturalisticos, tales como la causalidad, ii) la posición de garantía, iii) el riesgo jurídicamente desaprobado o el aumento del riesgo permitido, iv) el principio de confianza y la prohibición de regreso y v) el fin de protección de la norma; son estas posiciones de las que se deben derivar los criterios para sustentar una acusación en contra de quien se predica la infracción de alguna de estas normas. Ruiz (2010).

Por lo tanto, el Gerente o Director Sanitario en los servicios de salud se presume como uno de los actores principales del ejercicio de la actividad sanitaria y tiene la responsabilidad de la conducción y organización de los servicios de salud. Faltar a ello, lo sitúa en un reproche dentro del marco de la funcionalidad que demanda el cargo: la efectividad y la calidad del servicio. Reproche que puede trascender al ámbito penal. Precisamente las denuncias que habilita el ordenamiento penal cuando no se circunscriben a la oficiosidad, que puedan formularse con suficiente explicitud por víctimas, pueden llegar a encontrar como destinatarios de tales acusaciones a directivos por una negligente labor al frente del establecimiento hospitalario, al incrementar el riesgo para con sus usuarios, desde luego en cada caso concreto. El derecho de las víctimas se vería en buena medida protegido en sus intereses y con la verdad de los hechos del injusto. Ya que ella suma, a través de su relato incriminatorio en situar lo acontecido.

El médico ostenta una posición de garante (la cual es contemplada en el ordenamiento penal especial) que se materializa en deberes de protección e información, respecto de las personas que tenga a su cargo. El Gerente o Director Sanitario toma también, toda una participación, no quedando excluido de una responsabilidad para con terceros; de la cual podría derivar precisamente una

conducta omisiva que se hiciere lesiva de los bienes jurídicos a la vida e integridad personal. Su particularización en el injusto típico presentado tendría que responder a puntuales presupuestos normativos, claros y aplicables, sin duda alguna. El injusto y la culpabilidad como uno de sus presupuestos, en sus acepciones de dolo e imprudencia que le integran, nos lleva a la consideración del autor F. Velásquez (1993): "… el carácter individual y social de la culpabilidad, pues se es responsable en un contexto histórico concreto, en una organización social determinada, y como producto de una gama de condiciones de diverso orden que inciden en el comportamiento individual…".-

Los bienes jurídicos de la vida y la integridad son expuestos cuando hay quebrantamiento del principio de confianza, el deber de cuidado, la posición de garante y se recorre la ilicitud de la comisión por omisión; también cuando aflora el distanciamiento a las obligaciones inherentes al servicio sanitario, luego de generar la confianza para que la persona en riesgo confiara y se abandonara a la atención.

De ahí que predicarse una conducta mediante instrucciones directas del Gerente Sanitario que no interviene en la ejecución del hecho, pero se ve inmerso en el mismo y derivan por el injusto en los tipos penales comisivos del homicidio y las lesiones personales; demandan toda la claridad sobre una presuntiva autoría o participación (complicidad y determinación). El ordenamiento penal especial describe, clasifica e identifica expresamente las anteriores categorías, que es en la investigación penal desarrollada en el respectivo proceso que se llegarían a determinar, pero con cierto margen de complejidad normativa. Es el principio de accesoriedad (que encuentra fundamento en los artículos 29 y 30 del Código Penal al jerarquizarse comportamientos autónomos y principales) que nos lleva a predicar la vigencia del fenómeno de la coautoría. Precisamente en fallo de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, se desarrolló dogmáticamente la figura de la coautoría en el delito culposo (Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Proceso No.27388.Sentencia M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca. Noviembre 8 de 2007).

Por consiguiente, un trabajo de investigación científica que aproxime a un panorama normativo expreso y en el que se delimite la responsabilidad de conductas que atentan contra los bienes jurídicos a la vida e integridad personal; ofrecerá la oportunidad de conocer en su último eslabón, fuere como autor o participe en lo que hemos ilustrado, a quienes pueden llegar a incidir directa e indirectamente;

y cuando se sustraigan a unas responsabilidades definidas en el gerenciamiento de los establecimientos públicos y privados de asistencia médica sanitaria en tal hecho.

En síntesis, surge la necesidad clara de materializar unas responsabilidades de orden penal por aquellas afectaciones en la salud de las personas y que pueden atribuirse a las directivas en los servicios de salud; creando unos criterios de viabilidad y justificación para aterrizar en un marco de legalidad que bajo un manto garantista supedite la intervención punitiva del Estado en la prestación negligente de los servicios en salud y por un gerenciamiento deficiente.

Del Código Penal (Ley 599 de 2000), deriva particularmente los siguientes artículos: 9º (conducta punible), 10º (tipicidad), 11º (antijuricidad), 12º (culpabilidad), 21 (modalidades de la conducta punible), 22 (dolo), 23 (culpa), 24 (preterintencional), 25 (acción y omisión), 28 (concurso de personas en la conducta punible), 29 (autores), 30 (participes) y 31 (concurso de conductas punibles) , incluyendo el articulado de los delitos contra la vida e integridad personal (del 103 al 107, del 109 al 110) y delitos de lesiones personales (del 111 al 116, del 118 al 126), en la que se presenta la mayor incidencia de participación por el personal referido. A título de dolo o culpa se responde, pero la posición generalizada en la doctrina y jurisprudencia toma fundamento con base a la culpa, en las actividades medicas sanitarias.

En la ley 906 de 2004, el procedimiento adoptado para investigar tales conductas, en especial protección de los derechos de las víctimas (art.11), del restablecimiento (art.20), desde la denuncia (art. 67) y el andamiaje de la investigación criminal a través de la Indagación e investigación, en procura de una acusación y condena cuando se ha sido responsable. Precisamente en la Constitución Política, enmarca en sus artículos 2º, 11, 12, 13, 43,44, 46,47, 48,49, 50 y 52 una protección especial en materia de salud. Así mismo, toda trasgresión a ella por el personal sanitario y que revistan las características de un delito, conforme las expresas estipulaciones del artículo 250 ibídem, hacen titular a la Fiscalía General de la Nación para adelantar el ejercicio de la acción penal.

Corolario de lo anterior, una puntual jurisprudencia de las Altas Cortes, que emergen en especial atención al principio de confianza, la posición de garante, el deber de cuidado y comisión por omisión en esa compleja actividad profesional, acusando y relevando de responsabilidad; conforme al artículo 230 C.N., se hacen criterios auxiliadores en la actividad judicial, bajo el entendido de la autonomía de la Ley y especialmente en el contexto del derecho penal y la aplicación de las reglas de

atribución propuestas por la imputación objetiva. A dicha jurisprudencia nos remitimos: La Corte Constitucional, a través de la Sentencia Su-1184 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, la Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Radicado: 28017 del 14 de noviembre de 2007.M.P. Julio Enrique Socha Salamanca; Radicado 32582, octubre 28 de 2009. M.P. Javier zapata Ortiz; Radicado 25536, 27 de julio de 2006.

De dicho ámbito, normativo y jurisprudencial, convergen en la teoría de la imputación objetiva o teoría de tipo objetivo, los criterios naturalistas y normativistas, que nos llevan al eje central de "limites a los ámbitos de competencia", a los que se circunscribe la profesión médica y en lo que es un "rol determinado", que a nuestra postura, se hace extensiva a la actividad gerencial hospitalaria.

Bajo tales criterios (naturalista y normativista) que se hacen presupuestos válidos en la teoría de tipo objetivo, llevan la necesidad de una doble valoración, en que la primera materializa una relación de causalidad natural entre acción y resultado, la segunda una constatación de un resultado que se ha pretendido evitar bajo el ordenamiento penal.

Cuando esa labor encuentra justificablemente serios reproches, que deriva en lesiones o afectaciones en la vida o integridad de las personas, se hará a las consecuencias descritas en el ordenamiento penal y desde el amparo constitucional de principios establecidos como el principio de confianza y principio de defensa (posición de garante), que no puede sustraerse (El gerente o director sanitario en los servicios de salud), a pesar de las deficiencias de la investigación criminal, alegándose la ausencia de una autoría impregnable por definición jurisprudencial en titularidad del galeno, cuando pueda fehacientemente responsabilizársele de un injusto y como tercero por acción u omisión en el ejercicio laboral del que se hace responsable. Cuando ha sido el creador de un riesgo jurídicamente desaprobado, que deriva en el injusto típico, en la producción del resultado.

Las necesidades de derecho en protección de las víctimas y su restablecimiento, la confianza, la posición de garante y el deber de cuidado que se demanda, están construidas y definidas en el ámbito normativo; de tal manera que la justicia se materialice a través del desarrollo de una investigación penal eficiente, efectiva y eficaz, produciendo la decisión judicial pertinente en cuanto a la responsabilidad penal o exclusión de la misma, para quien en ese eslabón de los servicios de salud, cuando por acción u omisión produzca afectación de los bienes jurídicos de la vida e integridad personal, sea investigado.

La cualificación del personal sanitario y dentro de una descripción normativa en el ámbito penal nos llevarían a la consideración de la creación de un tipo penal especial, la creación de una Unidad Especial de la Fiscalía para el esclarecimiento de estos hechos o la elaboración de una denuncia a través de un formato especial que auxilie en su contenido, guiando hacia el éxito investigativo en hechos criminales relacionados con el servicio sanitario, haciéndose ruta determinante, y en los casos en que ha sobrevenido graves lesiones e incluso la muerte a través de una negligente y traumática terapéutica de rehabilitación o recuperación; la adopción de una autopsia que se circunscriba a la calificada "psicológica", pero "jurídico médico penal"; no son la postura que se ha propuesto y que sí corresponde a : Identificar los presupuestos de responsabilidad penal en el gerenciamiento del servicio hospitalario, de quienes fungen como gerentes y/o directores. Que es el problema, nos ocupa y que atañe a criterios en la imputación objetiva.

La doctrina, los trabajos de investigación (tesis, monografías, artículos científicos, de reflexión, etc.) y desde una pluralidad de autores consultados en el campo penal, algunos trascendiendo a consideraciones de responsabilidades más allá de los actos médicos y en los que se ve involucrado el personal administrativo, dejan delimitado todo un sustento argumentativo en torno a las responsabilidades médicas sanitarias en el ordenamiento jurídico que si bien se detienen en la responsabilidad penal del galeno y el equipo médico, también llevan a identificar presupuestos para endilgar imputación criminal al gerente o director hospitalario; haciendo ello, el sustento concreto de toda esa revisión.

Se encuentra definida la tipificación de conductas y el ordenamiento penal se hace contentivas de las mismas con claridad, cuando hay responsabilidad penal atribuible en los delitos contra la vida e integridad personal y de lesiones personales; siendo la mayor participación de involucrados en las actividades médicas sanitarias, los profesionales de la medicina y por mala praxis. Predicándose esa luz normativa con terceros, en los que se encuentra el personal administrativo y quien interesa en el desarrollo de la investigación, el directivo o gerente hospitalario. Se desarrolla, como se anota en precedencia la responsabilidad en el ejercicio médico y a través del acto médico y como acto individual por cuenta del galeno (en quien debe permanecer en su integridad, independientemente de que su trabajo sea en equipo, sin perjuicio de la responsabilidad colectiva subsidiaria), como también la responsabilidad del equipo médico, por la prestación médica y que tiende a ser colectiva (si la intervención del equipo médico es simultánea, la responsabilidad debe ser solidaria de todos los

intervinientes, salvo el caso de actos personales de uno de ellos desconocidos por el resto: si la intervención es sucesiva, cada cual responde por lo que le corresponde de actuación). Último, que es definido en la doctrina como la intervención de varias personas o conjunto de especialistas en una fase determinada de la curación de un paciente, cuyo ejemplo más claro es la intervención quirúrgica. Tienen que presentarse importantes consecuencias en esa atención para que el ámbito penal emerja. Dicha responsabilidad a veces aparece diluida entre todo el personal del centro médico, siendo difícil para la victima escoger o identificar al responsable del procedimiento. Se anota doctrinariamente.

Surge sí, la complejidad para llevar a responder penalmente al gerente o directivo, como titular de la organización del servicio, quien puede encontrarse concurriendo con la responsabilidad del médico o equipo médico, excepcionalmente. Por ejemplo: El médico que hace una laparoscopia sin exigir la pantalla de video, confiado en su pericia, rompe una arteria en el paciente y no se encuentra en el hospital de momento un cirujano que atienda la emergencia, por carencia de personal suficiente atribuible a la gerencia.

Otras circunstancias, que podemos señalar como identificativas de una actuación que se haría proclive a la responsabilidad penal: La carencia de recursos humanos y materiales, para brindar una adecuada atención; al ser nombrado en el cargo y asumirlo, recibe el hospital con una mala organización que eleva el riesgo de que se produzcan lesiones o muertes en los pacientes; al cambiar en algo la organización, ocasiona que el riesgo hasta entonces contenido (controlado), comience a producir resultados dañosos; omitir la responsabilidad por el correcto cumplimiento del deber de controlar (que los cirujanos y miembros de sus equipos, no trabajen un número de horas excesivas que afecten sus habilidades, que no operen a varios pacientes a la vez, que el número de pacientes no exceda sus capacidades, que exista el personal especializado suficiente para que los asista en la atención de la demanda diaria, que todos tengan lo mínimo necesario para realizar adecuadamente sus labores); la contratación de personal no idóneo, sin la formación que demanda el servicio de salud (ejemplo : Vinculación al servicio de aseo e higiene especializada de hospital a personal ajeno al conocimiento de dichas funciones, deriva en riesgo biológico al personal que labora en la institución y a los pacientes); compra de bienes suntuosos (ejemplo : adquisiciones de lujo, cuadros, cortinas, alfombras, etc.), en detrimento de necesidades prioritarias en los ángulos de la salud; la falta de contratación de personal médico general, médicos especialistas, enfermeras y otros que necesita el

centro hospitalario para su normal funcionamiento, lo que pone en riesgo la salud y la vida de los pacientes que acuden a la institución médica en busca de un servicio; dilatación de procedimientos de atención prioritaria para evitar costos, poniendo en riesgo vital a paciente; permitir la prestación del servicio médico sin disposición de equipos o dejar que se actúe sin ellos; no disponer de la higiene debida, de los medios adecuados, etc.

Casos concretos se han hecho denuncia pública en el trabajo investigativo periodístico de la casa editorial El Tiempo, que podemos reseñar: "(…) Cuando los pacientes de las EPS mueren sin atención.

El caso anterior es apenas un ejemplo de lo que ocurre diariamente en Bogotá y todo el país. Hasta mediados de enero el personero de Bogotá, Ricardo Cañón Prieto, había entablado dieciocho denuncias penales por muerte de pacientes a causa de la falta de atención en instituciones de salud.

Entre los denunciados están funcionarios y directivos de los hospitales de Fontibón, El Tunal, Engativá, Santa Clara y La Victoria, además de las clínicas Nicolás de Federmán, Médicos Asociados, Veraguas, Jorge Piñeros y Palermo. Las denuncias de la Personería también incluyen a empresas de salud (EPS) como Saludcoop, Capital Salud, Unicajas, Caprecom, Nueva EPS, Solsalud, Cruz Blanca, Coosalud, Humana Vivir y Colsubsidio.

"Las denuncias no han avanzado mayor cosa en la Fiscalía –comenta el señor Cañón – porque, según nos dicen, no tienen antecedentes en este tipo de denuncias. Pero ya estamos trabajando con la Procuraduría para ejercer vigilancia especial y, si fuese necesario, nosotros mismos contrataríamos con firmas profesionales la búsqueda de pruebas". La lista del dolor

1– Jorge Tulio García Cardona. 59 años. Hospital de Fontibón. Médicos piden a Caprecom la orden para trasladarlo a la unidad de cuidados intensivos el 23 de mayo del 2013. Murió el 6 de agosto. Habían pasado tres meses. La orden nunca llegó.

2– Héctor Horacio Hueso Benito. Hospital Simón Bolívar. Piden la orden para una consulta de control renal el 27 de noviembre del 2012. Murió el 12 de febrero del 2013. Esperó 2 meses y medio.

3– Noemí Largo de Lozano. 58 años. Hospital Simón Bolívar. El 7 de diciembre del 2012 piden orden para extirparle un tumor. Murió el 15 de febrero del 2013. Pasaron 2 meses y una semana.

4– Identificado como Arismendi Arismendi. 58 años. Hospital Simón Bolívar Radiografía y lavado de bronquios. Solicitud: 11 de julio del 2012. Murió el 15 de septiembre. Dos meses y cuatro días de espera.

5– Norbeyi Álvarez Corso. 5 meses de nacida. Hospital Simón Bolívar. Solicitan orden para radiografías del tórax el 2 de enero del 2013. Fallece el 18 de febrero. Esperó un mes y medio.

6– Héctor Salazar Salinas. 50 años. Hospital Santa Clara. Solicitud para exámenes de tumor nasal el 11 de julio del 2013. Fallece el 21 de agosto. Un mes y diez días.

7– Cristóbal Forero. 57 años. Hospital de Engativá. Orden para consulta médica por primera vez. Se pidió el 6 de abril del 2013 y murió el 6 de mayo. Un mes exacto.

Lo que ustedes acaban de leer es un resumen apretado de la lista completa, que contiene 115 casos más. Van desde recién nacidos hasta ancianos de 90 años, pasando por muchachos de 25. Quién sabe cuántos de ellos se habrían salvado si la orden de atenderlos hubiera llegado a tiempo. No llegó nunca, ni siquiera a destiempo." (Gossain, 2014).

También, la casa editorial El Espectador: "(…) *T*op 10 de casos polémicos en Eps de Colombia

1. La Personería de Bogotá denunció que entre julio de 2012 y septiembre de 2013, la negligencia en 22 hospitales de la capital habría cobrado la vida de 319 personas. Caracol Radio informó que 175 muertes se produjeron en la EPS Capital Salud, 121 en Caprecom y 24 en Unicajas. Las falencias en estas EPS responderían a demoras en trámites para citas médicas al igual que entrega de medicamentos y retraso en traslados a las unidades de cuidados intensivos. (Vea: La nueva batalla de Camila Abuabara)

2. El 18 de noviembre Noticias Caracol dio a conocer el caso de Carlos Gallego, enfermo de cáncer en Aguachica, Cesar, quien murió en el hospital regional esperando que su EPS Caprecom, lo remitiera a un especialista. Gallego contó días antes de morir, que la remisión no fue posible porque

el hospital no contaba con el médico especialista. Por su parte Caprecom no se manifestó sobre este caso.

3. El Espectador publicó el caso de Hernán José Leal Pantoja, un venezolano que fue arrestado en junio de 2013 en el aeropuerto El Dorado, por encontrársele droga en su equipaje. Paso 20 días en la Unidad de Reacción Inmediata de La Granja sin poder bañarse y le apareció una fístula perianal. Fue tratado en el Hospital Simón Bolívar pero la fístula empeoró por una infección y se le desarrolló un cáncer agresivo. Se solicitó de manera inmediata el traslado a Caprecom, pero la EPS se lo negó argumentando que no había cupo en ningún centro especializado de cáncer.

4. El 4 de septiembre de 2014 Noticias Caracol informó sobre la muerte de Gloria Esnea Bernal, de 39 años de edad y madre de ocho hijos quien al parecer habría fallecido en un baño de una EPS en Medellín esperando atención médica por más de cinco horas. Salud Total EPS, aseguró que la mujer recibió atención oportuna autorizando todos los servicios requeridos para tratarla. Por su parte Ignacio Castrillón, esposo de Gloria, señaló que llegó con su esposa “a las urgencias de Salud Total por un dolor abdominal. La atendieron muy tarde y la dejaron morir en el baño. Yo ya puse la demanda en la Fiscalía y espero que me respondan”.

5. El pasado 14 de octubre El Espectador informó sobre el caso de cielo Peláez y su hijo David de siete años que padece de cinco enfermedades mentales, y quienes se enfrentaron jurídicamente a la EPS Saludcoop ganando el pleito que autorizaba proporcionar todo lo que David necesitara para tratar su discapacidad, como pañales desechables, pañitos húmedos, crema de benjuí, colchón antiescaras (costras) y un servicio de transporte para las terapias, entre otros requerimientos. Sin embargo recibió una negativa de la EPS, por lo que interpuso un recurso de desacato el cual también ganó. Se ordenó el arresto de Guillermo Enrique Grosso Sandoval, representante legal de la EPS, por 20 días en cárcel La Picota, así mismo determinó una multa de 10 salarios mínimos mensuales legales vigentes y mantuvo el fallo de suplir las necesidades del menor. Además puso el caso en conocimiento de la Fiscalía “para que investigue la posible conducta de fraude a resolución judicial” y solicitó a la Superintendencia de Salud que “realice investigaciones administrativas y, de ser posible, tomen los correspondientes correctivos contra Saludcoop EPS”.

6. El Espectador informó en mayo de 2013 sobre la muerte de Paula Sofía Lesmes ,una bebé de nueve meses de edad con síndrome de Dow quien buscó atención médica en 14 clínicas de Bogotá durante cinco meses para que se le practicara una cirugía cardiovascular. Guillermo Alfonso Jaramillo, entonces secretario de Salud de Bogotá, señaló que "el caso de Paula raya en un homicidio culposo", agregó que Solsalud EPS a la que estaba afiliada la menor "está totalmente insolvente". Tras la muerte de la menor, Mario Alberto Posada, agente especial interventor de Solsalud pidió "perdón al país y a la familia de la paciente, en mi condición de ser humano, papá y representante de la EPS Solsalud". Por su parte la Defensoría y Personería de Bogotá presentaron ante la Fiscalía una denuncia penal por homicidio culposo. "(Quevedo y Falla, 2014).

Con esta perspectiva, se destacan cuatro posiciones o grupo de autores en que las lesiones presentadas en las personas por acciones u omisiones en el servicio de la salud, afectan el bien jurídico de la vida e integridad personal, derechos altamente relevantes en el marco jurídico colombiano. Para ellos, de manera general, la realización de una conducta punible, típica, antijurídica y culpable; hace explicita la responsabilidad penal.

No obstante esta posición común, dentro de este grupo de investigadores aparecen algunas diferencias. Un primer grupo (Montealegre, 1987; Sandoval, 2003; Martínez, 2007, 2011; Bernate, 2008, 2010) hace énfasis en la culpabilidad como presupuesto de mayor connotación con la explicita tipicidad demarcada por el ordenamiento punitivo.

Montealegre (1987), nos lleva a la tipicidad del delito imprudente, detenido en la imputación objetiva y el deber objetivo de cuidado. Sobre la responsabilidad penal, Sandoval (2003), concibe como el presupuesto más importante, la culpabilidad del sujeto. La conducta típica, antijurídica y culpable, además que la pena sea necesaria, son los presupuestos definidos. Martínez (2007,2011), señala las responsabilidades, no en la conducta sino en lo funcional (responsabilidad funcional).

Precisamente el delito culposo y la coautoría en el mismo, Bernate (2008,2010), hace puntual consideración, haciendo la distinción de la coautoría propia (autorías paralelas) y la coautoría impropia (división plural del trabajo), que participan de la imputación objetiva.

Un segundo grupo de autores (Martínez, 2007, 2011; Novoa, 2008; Ruíz, 2010; Scheller, 2011; y Ramírez, 2012) tienen la comisión por omisión como un referente dentro de puntuales

consideraciones, tratándose de la punibilidad culposa por causas de homicidio y lesiones en la praxis médica en el campo de las conductas imprudentes.

Novoa (2008), lleva el criterio de la responsabilidad del órgano directivo, mediante una relación de causalidad natural que produce el resultado típico y que es en las conductas comisivas su frecuencia. En el delito de homicidio en comisión por omisión y en relación a las actividades médicas asistenciales, Ruiz (2010) señala que ocurre cuando la afectación material de la vida humana, se ha dado porque un sujeto cualificado no cumplió con el deber de impedir su lesividad. Scheller (2011), anota que el dominio del hecho refleja la autoría, implicando finalidad y posición.

Ramírez (2012) hace consideraciones reflexivas, que sitúan las responsabilidades penales en el manto legal de la omisión impropia, el problema de la equivalencia o equiparación entre comisión y omisión, las situaciones constitutivas de posición de garante, la imputación de resultados y la configuración de deberes jurídicos para la imputación penal.

Un tercer colectivo de estudiosos (Arias, 2004; Aldana, 2012 y Vallejo J., 2012, 2014,) hace énfasis en la figura de la posición de garante y una particularización especial del personal sanitario, en el que convergen el profesional médico o asistencial y el personal administrativo (gerente, auditores médicos, coordinadores, etc.).

Pone a conocimiento el impacto de las profesiones sanitarias, cuando se han presentado responsabilidades y consecuencias en los servicios de salud, Arias (2004). Aldana (2012), sitúa una responsabilidad no únicamente imputable al profesional médico, alude a aquella en que se involucra la responsabilidad de terceros al galeno en las actividades sanitarias, fuere por un deficiente control sobre el personal asistencial, infraestructura insuficiente para la atención de pacientes, dilaciones no imputables al personal médico (demora en la autorización de medicamentos y procedimientos, retraso en el transporte ambulatorio) o cualquier otro factor estrechamente relacionado con el servicio de salud.

Vallejo J, (2012,2014), dice que la actividad sanitaria es abordada, no desde la individualidad del profesional de la medicina, sino desde todo un equipo de trabajo, delimitándose las responsabilidades, imprudentes normalmente. Dice, que ya el delito imprudente abre paso en el principio de confianza para permitir la delimitación de responsabilidades penales conjuntas en la

actividad médica sanitaria, conforme al deber objetivo de cuidado. Anota sobre la existencia de un plan de división de funciones (de forma horizontal y vertical) y la distribución de tareas (horizontal y vertical). El principio de división del trabajo y el principio de confianza, se hacen criterios tenidos en cuenta.

El último grupo de autores (Ruiz, 2004; Acosta-Madiedo, 2010; Ariza, 2013; Valencia, 2013; Marsiglia, 2015 y Vallejo, 2015) se identifica en atención a su postura con relación a que la culpa in vigilando e in eligendo, una valoración ex ante y acontecido el hecho lesivo, verificado desde una perspectiva ex post, roles especiales de protección y el deber objetivo de cuidado, en cuanto a las actividades sanitarias y sus titulares, enmarcan responsabilidades.

Ruiz (2004), deja identificadas las responsabilidades atribuibles al profesional de la medicina, en los diferentes campos del derecho. Señala que la mala praxis médica acontece cuando ha operado la omisión de precauciones exigibles derivando en lesión a la vida o integridad, es a título de delito que se hace sancionable. Acosta – Madiedo (2010), refiere sobre un rol sanitario, inequívoco y demarcado en las actividades médicas, cuando el resultado está comprometido. Ariza (2013) y Valencia (2013), acompañan en medida la posición que precede. Para el primero, la expresa estipulación del artículo 23 de la Ley 599 de 2000, pasa a reconocer que la determinación de calificación de culposo o no de una actividad, atenderá a la instrucción o no del deber objetivo de cuidado. El segundo, nos remite al análisis ex ante, en cuanto a la responsabilidad sanitaria, bajo la descripción de si el galeno incrementó el riesgo socialmente permitido y si derivó en muerte o lesión del paciente.

Marsiglia (2015) y Vallejo (2015), se hacen corolarios en sus posiciones, el uno ubica el cuidado debido como especificación del principio de no maleficencia, ya que eludirlo, genera negligencia (la misma, materializa varios tipos de incumplimiento de obligaciones), exponiendo a los demás a riesgos; Vallejo (2015), precisa en la posición de garante y el deber de cuidado en el delito imprudente atribuible al profesional de la medicina, que solo debe impedir el resultado lesivo que le es posible evitar (Ad impossibilia nemo tenetur).

El juicio de imputación en responsabilidad médica por el compendio de autores consultados, muestran con claridad la existencia de un marco teórico y normativo definido en el injusto imprudente que tiene como protagonistas a los profesionales de la medicina, dentro del ejercicio individual a través

de los actos médicos y la prestación médica simultanea o sucesiva del equipo médico, y brinda un norte para poder aterrizar en la identificación de presupuestos que nos guían a la consideración de poder pregonar la responsabilidad del director sanitario, resolviéndose positivamente el interrogante planteado y dentro de la siguiente postura.

Como último eslabón en una cadena de prestación de servicios sanitarios, fuere bajo alguna autoría punitiva en la que se ha materializado una lesión, la responsabilidad penal en cuanto al director o gerente hospitalario, nos lleva en este discurrir de investigación socio jurídica al interrogante ¿qué presupuestos de responsabilidad penal en el gerenciamiento del servicio hospitalario, se tendrían en cuenta para restablecimiento y derechos de las víctimas?

La imputación objetiva de conductas a terceros en un caso de lesión a bienes jurídicos protegidos como la vida e integridad personal, en que aflora la participación del Gerente o Director de establecimiento hospitalario, en acciones negligentes u omisivas frente al servicio de salud prodigado a una persona, pero bajo la tutela del profesional de la medicina, lleva a la determinación de una presunta autoría y dentro de sus categorías.

El ámbito penal colombiano, materializado en las legislaciones identificadas, demarca presupuestos en cuanto al injusto típico y la culpabilidad que pudieren atribuirle la responsabilidad en un caso concreto al Director Sanitario. Pero una expresa cualificación abonaría el terreno de la imputabilidad de responsabilidades a este colectivo de directivos en el terreno de los gerenciamientos de los servicios en salud de los establecimientos prestadores de esta asistencia. Por consiguiente, posiciones como las de Montealegre (1987):

> (…) La imputación objetiva parte de una premisa fundamental: demostrada la causalidad, se le puede imputar al sujeto la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, cuando ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, que se concreta en la producción del resultado típico. De ahí entonces que se tomen como criterios de imputación, en términos generales, los siguientes: la disminución y elevación del riesgo; el riesgo permitido; el fin de protección de la norma; el principio de insignificancia; la creación de un riesgo jurídicamente relevante; la realización del peligro inherente a la acción base y la conducta alternativa conforme a derecho. El acercamiento de la dogmática penal a la realidad social y la interpretación de las categorías jurídicas con base en la política criminal nos indican que los criterios de imputación seguirán en permanente relaboración" (Montealegre, 1987, p.267-268).

Como también la de Bernate (2010):

> (…) En primer lugar, encontramos lo sucedido en la jurisprudencia penal en relación con la coautoría en el delito culposo.6 Doctrinalmente aún es bastante discutida la posibilidad de establecer la coautoría en el delito culposo, en tanto que se entiende que en este nivel se maneja un concepto causal de la autoría en el entendido de que autor es quien causa el resultado, 7 lo cual se desprende de la lectura misma de la manera en que se encuentran redactados los delitos imprudentes en la parte especial del Código Penal, que establecen fórmulas como "el que por culpa matare a otro" para el homicidio culposo o "el que por culpa causare lesiones a otro" para el caso de las lesiones personales culposas (8/9).

Adicionalmente, la exigencia del acuerdo previo para la coautoría hace inviable que se pueda aplicar esta figura al delito culposo, en el que no se presenta, precisamente, el acuerdo sobre la causación del resultado. En Colombia la jurisprudencia nunca se había referido a un evento de coautoría en delitos culposos, a pesar de existir una considerable cantidad de pronunciamientos sobre el delito imprudente en el punto del homicidio culposo y especialmente el peculado culposo.

Pues bien, en sentencia del 8 de noviembre de 2007 Colombia tomó partido por admitir la coautoría en los delitos imprudentes, precisamente, en punto de la responsabilidad médica. (p.22)".

Hacen evidente que los presupuestos para la imputación objetiva de conductas al Director o Gerente de Establecimiento Hospitalario o clínico, de asistirle la autoría de un injusto por negligencia u omisión por lesiones al bien jurídico de la vida e integridad personal no se hace predicable sin complejidad.

La claridad al llamado de unos criterios naturalistas y normativos en la conducta en que se ve participe el Director Sanitario, revela el camino de responsabilidad o exclusión de la misma, que establecida, no margina, sí ampara el restablecimiento de derechos de las víctimas. Pero para ello, la identificación de unos presupuestos y referidos por los autores, se harían consistentes en el curso de un proceso y su agotamiento en juicio, sentando la responsabilidad que pudiere haberse dado frente al injusto del caso pertinente, sin obviarse una propuesta de la creación de un tipo penal que recoja la cualificación del sujeto activo en la titularidad de un cargo y la funcionalidad del mismo. Pero bajo los principios de última ratio, proporcionalidad y necesidad del derecho penal, se hace fortificador del principio del restablecimiento de derechos de las víctimas.

El bien jurídico a la vida e integridad personal, encuentran capítulo especial en dichas legislaciones, especialmente en las penas y en la descripción de conductas punibles cuando se ha atentado en contra de él. Delitos, como el homicidio en sus diferentes categorías (Ley 599 de 2000, arts. 103, 104, 105, 106, 107,108, 109) que culminan la vida humana, o aquellos delitos lesivos a la integridad personal (Ley 599 de 2000, arts. 111, 113, 114, 115, 116, 118, 120), como también cuando se interrumpe la existencia humana en formación o se lesiona, fuere a través del aborto, el aborto sin consentimiento o las lesiones al feto, dolosa o culposamente (Ley 599 de 2000, arts., 122, 123, 125 y 126).

Pero tales conductas punibles no encuentran un referente normativo expreso cualificado como si acontece en los delitos contra la administración pública, ya que la generalidad se circunscribe al servidor público y en la trasgresión que aquel hace como titular de una función pública. Ello, para conceptualizar que los profesionales de la medicina o el personal sanitario (entiéndase como tal, aquel vinculado a un establecimiento hospitalario o clínico) que por acción u omisión lesiona el bien jurídico a la vida e integridad personal, debe atarse a unos presupuestos normativos de tipificación autónomos para pregonar una imputación clara de responsabilidad penal.

La modalidad de la conducta punible atribuible en la praxis médica de mayor predominancia, es la culposa (Ley 599 de 2000, art.23), como también, el sujeto activo de la misma, aparece como autor y excepcionalmente, las coautorías y/o participes (Ley 599 de 2000, art.29 y 30). Es el profesional de la medicina y el equipo que participa en el desarrollo de actos médicos, los llamados a la imputación cuando se lesionan bienes jurídicos. Excepcionalidad acontece, cuando es el gerente o director del establecimiento sanitario. La posición de garante (Ley 599 de 2000, art.25, inciso 3º, numerales 1.2.3 4) cuando excepcionalmente es detentada por aquel, evidentemente materializa una responsabilidad que al no asumirse y derivar en afectaciones a bienes jurídicos, materializa un injusto penal.

La Corte Suprema de Justicia, su Sala de casación Penal se hizo expresa sobre la posición de garante, manteniendo el criterio:

> (…) En sentido amplio, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque

> defrauda las expectativas. (Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal – Segunda Instancia 25.536 de 2006, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón)

Así mismo, en otra sentencia, hizo definición de la conducta punible y la posición de garante. A lo primero, fue clara en señalar que el comportamiento delictivo podía consistir en una acción positiva o negativa, remitiendo la segunda a la omisión, ambas con capacidad de originar variación en el mundo exterior. Omisión que incluía taxativamente el deber, cuyo incumplimiento se sanciona ajena al resultado (omisión propia), ejemplificando a través de los delitos de inasistencia alimentaria, omisión de medidas de socorro, omisión del agente retenedor o recaudador, prevaricato por omisión. Hace referencia a la conducta activa que origina un resultado debido a una omisión. Un no hacer que lo produce (omisión impropia o comisión por omisión), que nos remite a la regla general de la fórmula de las cláusulas de equivalencia o equiparación (equiparó la acción con el *no hacer* y no impedir conscientemente el resultado) punitiva entre la acción y la omisión. Omisión y acción entendidas desde el punto de vista normativo, no desde la trasformación del mundo físico. Entendido igualmente el comportamiento omisivo desde la verificación del nexo de evitación (la conducta esperada) que de haber sido realizada, el sujeto habría interrumpido o evitado el resultado (Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal – Proceso No. 28.017 de 2007, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca).

Si bien, es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que puntualiza y delimita la normativa penal en su funcionalidad y aplicación. A ella nos remitimos en la siguiente posición:

> (…) El derecho punitivo frente a actividades de alto riesgo, como el ejercicio de la profesión médica, asume una serie de reglamentaciones que deberá seguir el conglomerado social, en atención a un rol determinado. “Así las cosas, en la teoría de la imputación objetiva se observa un desplazamiento de los ejes de la imputación, partiendo de criterios naturalistas a otros de índole normativistas, siendo su eje central, como se ha dicho, la limitación que impone a los ámbitos de competencia”. (Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal – Acta No.339 de 2009, M.P. Javier Zapata Ortiz)

La misma discurre en el deceso de una paciente y la incriminación que se hace al Gerente de la EPS, dentro del rol y las competencias propias de su titularidad. Homicidio culposo es la conducta punible por la cual se le llama a responder, sin estar inmerso en la praxis médica, pero involucrado en un presunto retardo o demora administrativa.

La normatividad existente y nutrida jurisprudencia se encuentran en la contemporaneidad de criterios establecidos en la delimitación de presupuestos en la imputación de responsabilidad. Ello es, que el delito de comisión por omisión y en el que podría ser llamado a responder el Gerente o Director del Establecimiento Sanitario, en tanto se tenga el deber jurídico de impedir un resultado, respecto de la protección de un bien protegido y la posición de garante determinada por una fuente de riesgo, es asimilado legislativamente en virtud del artículo 25 de la Ley 599 de 2000, a una equivalencia entre conductas de comisión y omisión. Nos ha acompañado en tal consideración, lo expreso de la decisión jurisprudencial que se identifica con antelación.

En los servicios médicos asistenciales y en ese gerenciamiento o dirección de establecimiento hospitalario, es prevalente el deber objetivo de cuidado. Los roles se hacen determinantes, ya que de los mismos se exige previsibilidad, precauciones que de tal manera no se produzcan o se incremente los riesgos, un riesgo jurídicamente desaprobado.

Tanto el ordenamiento normativo consultado e identificado, en el cual hemos discurrido, como la jurisprudencia citada, hacen relevancia de la posición de garante (Ley 599 de 2000, art. 25), ya que sustraerse de la misma, frente a un resultado lesivo por acción u omisión, la imputación de responsabilidad penal, aflora sin duda alguna.

La responsabilidad penal y que toma materialidad en la imputabilidad de una conducta punible al Gerente o Director de Establecimiento Sanitario, se supedita a la existencia de unos presupuestos normativos en los que nos hemos hecho reiterativos, la posición de garante, es definitiva. Un *"deber jurídico"*, como juicio condicionante delimitado para los injustos omisivos impropios o los llamados tipos penales de comisión por omisión, los cuales reclaman del agente un conocimiento ex-ante de la *"posición de garante"* que estuviere desplegando frente a las hipótesis disciplinadas por la Ley en el artículo en estudio. (Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal – Acta No.339 de 2009, M.P. Javier Zapata Ortiz).

A continuación, el caso en análisis y la ejemplificación hipotética que se expone, nos remiten a consideraciones que girarían en torno que la imprudencia (culpa), como el dolo, se hacen conceptos en términos normativos, cuya interpretación a la luz de la jurisprudencia y la dogmática nos llevan al fundamento de la infracción de un deber objetivo de cuidado, comunes a ambos, nunca exclusivo de la imputación imprudente. En la culpabilidad, ambos tipos subjetivos (dolo y culpa), guardan una

relación de subsidiariedad. La creación de un riesgo no permitido o aumento ilícito de un riesgo permitido en criterios de imputación objetiva y en la omisión de una diligencia debida se hace elemento común en el tipo doloso como imprudente, ya anotado.

El deceso de la señora Leticia Mercado Jaraba, como consecuencia de un choque cardiogénico por infarto agudo de miocardio generado por una arterioesclerosis coronaria, excluyo en sentencia la responsabilidad penal por el injusto típico de homicidio culposo al gerente de la EPS (Jerry Javier Cuesta Romero). No fue consecuencia directa de un acto negligente, no fue él por sus funciones administrativas y no tener la condición de médico, el resultado de la muerte no fue consecuencia de la demora de la orden de atención. La posición de garante está limitada, las obligaciones no pueden ser abstractas, deben estar dentro de la órbita funcional del garante para que pueda (imputación objetiva) responder por ellas. Fueron precisiones para absolver, el Juzgado Penal del Circuito de Magangué.

En oposición a lo decidido, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena, encontró responsable y condeno al gerente de la EPS, por el delito de homicidio culposo, al materializarse nexo causal (causa (antecedente) – efecto (resultado)), al violar el deber objetivo de cuidado en atención a la posición de garante que ostentaba, al no expedir oportunamente una orden de exámenes diagnósticos para cirugía, presentándose el deceso ya referido.

Una tercera posición, ya de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, releva de responsabilidad penal al gerente de la EPS, atribuyéndole el cumplimiento de la posición de garante delimitada por su estricta competencia administrativa, no tenía competencia funcional, nunca existió violación al deber objetivo de cuidado. No obstante vislumbró responsabilidad penal en los médicos tratantes, al desatenderse la historia clínica de la señora Leticia Mercado, que revelaba condiciones hemodinámicas estables, el principio de confianza se trasmutó a los médicos tratantes, quienes debían determinar la prioridad o urgencia.

De lo anterior, en hipótesis que el gerente de la EPS, no hubiese correspondido con el trámite de una orden que autorizaba unos procedimientos y los médicos tratantes, se hubiesen sustraído de sus deberes en la lex artis, incidiendo en el resultado muerte de la señora Leticia Mercado, se hacía pregonable una coautoría, que circundaría la culpa o el dolo y materializaría, la responsabilidad de un

tercero. En el marco de los delitos imprudentes, bajo el principio de incremento del riesgo se encuentra el camino de resolución de los cursos causales hipotéticos, como ha enseñado Roxin.

La discusión que surge, se remite a la normatividad existente, ya que las deficiencias en los servicios de salud de los establecimientos hospitalarios, si bien son detentados en la gestión gerencial de su director y que corresponden a una dinámica de corte presupuestal y administrativo; aquellos no se desligan, de manera alguna, de la creación de fuentes de riesgo en el servicio primario asistencial médico, que desprovisto de las herramientas que puedan garantizar todo unos procedimientos que lleven a la lex artis, se remiten a una mala praxis, que como se dijo, se hace eslabón de una cadena de responsabilidades que vincula a la dirección y con consecuencias a terceros. Quienes víctimas y persiguiendo a los responsables del injusto, verían desamparado sus derechos y el consiguiente restablecimiento (Ley 906 de 2004, arts.11 y 27), en lo puntual de lo precedente.

Por lo anterior y consultando jurisprudencia, en la Corte Constitucional se adoptó especial consideración en el interés predominante de las víctimas, que no obedecía al resarcimiento pecuniario, a una retribución patrimonial, sí, buscan la verdad, la justicia.

> (…) El derecho a saber la verdad implica el derecho a que se determine la naturaleza, condiciones y modo en que ocurrieron los hechos y a que se determine los responsables de tales conductas. El derecho a que se haga justicia o derecho a la justicia implica la obligación del Estado a investigar lo sucedido, perseguir a los autores y, de hallarlos responsables, condenarles. (Corte Constitucional, SU-1184- de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett)

Tales consideraciones, tuvieron también, especial detenimiento en la posición de garante frente a una eventual imputación objetiva, demostrando que cumplió su función. Se indicó sobre el desinterés para encontrarle responsable por la acción u omisión en que hubiese incurrido, sino que realmente los deberes de seguridad impuestos y que se obligaba, los había materializado en el desarrollo del ejercicio de una actividad peligrosa. Lo trascendente se anotó, fue si desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado no excediera los límites de lo prohibido.

Conocer de una situación que pueda derivar en peligro y omitir diligente intervención, encontrándose habilitado con los medios para ello, abre el camino de una imputación por el delito que pudo evitar y no por la inobservancia de un deber funcional.

Se hacen derecho de las víctimas y demandan su restablecimiento cuando por el injusto típico se han afectado: La dignidad humana, la garantía efectiva por cuenta del Estado de principios, derechos y deberes, los derechos a la vida, la exclusión de tratos crueles, inhumanos y degradantes, la igualdad ante la ley, la especial protección de la mujer en estado de gestación y después del parto, de los niños en su vida, integridad física y el amparo en salud y seguridad social, garantías de servicios de la seguridad social integral de las personas de la tercera edad, una política de previsión, rehabilitación e integración de disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, el carácter obligatorio de la seguridad social como servicio público, la atención de la salud y el saneamiento ambiental, el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, la gratuidad en las instituciones de salud a todo niño menor de un año y el gasto público social en el deporte y la recreación que contribuye a preservar y desarrollar una mejor salud en el ser humano (Constitución Política, arts. 1º,2º, 11, 12, 13, 43,44, 46,47, 48,49, 50 y 52), se hace compendio de toda una estructura protectora de derechos y que tienen como objetivo de amparo al hombre, la mujer, al niño, a los ancianos, a los discapacitados, a la familia, a la sociedad en general. Su afectación activa el aparato punitivo dentro de lineamientos definidos en un régimen sustantivo y procesal del derecho penal (Ley 599 de 2000 y Ley 906 de 2004).

El alcance jurisprudencial en relación a los derechos de la víctima y el restablecimiento, no se detiene exclusivamente en la reparación de los daños materiales ocasionados, que reduciría a una tasación económica de valor simplemente, sino también a la protección integral de los derechos de las personas que sufrieron el agravio, como se ha dicho. Su naturaleza no puede circunscribirse exclusivamente a un pago. La verdad debe emerger, como la consecuencia a ella.

Conocer a los autores del injusto y de la materialidad de las consecuencias bajo la imposición de penas, desde luego concretiza la investigación de los hechos, una condena por los mismos y que se haga justicia. El *restablecimiento del derecho*, implica necesariamente una protección plena e integral de las víctimas. El restablecimiento de los derechos de las víctimas demanda conocer la verdad de lo acontecido, una verdad material, que proporcione la posibilidad de volver al estado anterior a la vulneración y que se haga justicia.

La participación activa de la víctima en las etapas que desarrollan el proceso penal y en la responsabilidad penal atribuible al gerente o director de establecimiento sanitario, cuando ha incurrido en el injusto típico, que ha derivado en afectación a la vida y/o integridad personal de la misma, como también y luego de un juicio, al reconocimiento de derecho y restablecimiento que le permiten conocer la verdad y encontrarse con justicia, materializa el rango constitucional de "victima" y ampara el principio a la dignidad de la misma.

Conclusiones.

La responsabilidad penal atribuible al gerente de establecimiento hospitalario y dentro de presupuestos normativos encuentra titularidad en virtud del artículo 25 de la Ley 599 de 2000 a una equivalencia entre conductas de comisión y omisión. El delito de comisión por omisión, en tanto se tenga el deber jurídico de impedir un resultado, respecto de la protección de un bien protegido y la posición de garante determinada por una fuente de riesgo. Un deber jurídico ignorado y que materializa el injusto penal, pregona la autoría.

Existe una asignación de responsabilidades en una cadena jerárquica compleja y en la que la delegación desde el gerente de los servicios de salud abarca hasta los últimos intervinientes en la atención en salud de unos usuarios y que terminan siendo los ejecutores materiales directos (los profesionales de la medicina) y los primeros llamados a responder penalmente por mala praxis. Pero si la misma deriva, de unas limitaciones impositivas por el Gerente de los servicios de salud, éste respondería mediante una autoría y, sobre todo, la comisión por omisión, a que hemos hecho previamente alusión.

Puede predicarse el fenómeno de la coautoría y la participación, cuya suerte deviene de la accesoriedad o dependencia de lo que haga el autor, que actúa de manera autónoma e independiente. La responsabilidad penal en las directivas de gerenciamiento del servicio hospitalario (organización con estructura y distribución de funciones) demandan igualmente un interés doctrinario, predicable del galeno y los equipos médicos.

Así mismo, los presupuestos de imputación objetiva de conductas en las que haría tránsito de trasgresión el Director o Gerente del Establecimiento Hospitalario (EPS), como tercero involucrado en lesión a bienes jurídicos de la vida e integridad personal, cuando de la posición de garante, se revele al deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable, específicamente desatendiendo el mandato contenido en la Constitución y/o la ley; estaría en los límites de las categorías de imputabilidad en los denominados delitos de comisión por omisión, impropia de omisión o impura de omisión. De ahí que el análisis en ese recorrido que se hace contentivo de normas, doctrina y jurisprudencia nos permite llegar a tal consideración.

Los derechos de las víctimas en un injusto típico en las actividades sanitarias y en titularidad de un tercero, que no sería el galeno, sino la directiva del establecimiento hospitalario, demarca una responsabilidad, respecto de aquellos actos que pudieren eventualmente generar un daño de carácter doloso o culposo, una conducta punible a este tenor. Dicha responsabilidad derivaría en la comisión de un delito, cuyo recorrido investigativo en el proceso penal y en el enjuiciamiento respectivo, ya estarían abonando en los derechos de quienes se erigen víctimas.

Referencias

Acosta-Madiedo, Carolina D. (2010). Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba. En Revista de Derecho Privado, núm. 43, junio, 2010, Bogotá D.C.: Universidad de Los Andes en http://www.redalyc.org/pdf. P p. 3-26. o.

Aldana R., Diana M (2012). Responsabilidad médica derivada del sistema de seguridad social integral: ¿un conflicto de competencias resuelto? Monografía para optar por el grado de Maestría en Derecho. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. http://www.bdigital.unal.edu.co/11106/1/6701111.2012.pdf

Arias Menéndez, E. (2004). Responsabilidad civil, penal y patrimonial de los profesionales sanitarios y equipos directivos, en revista Administración Sanitaria 2004; N° 2(4): Barcelona: Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI en *www.elsevier.es*. Pp. 573

Ariza Fortich, Alma (2013). La responsabilidad médica como actividad peligrosa: análisis de caso en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, En Revista Vniversitas 126, SICI: 0041-9060. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana en http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/ Pp. 15-37.

Bernate Ochoa, Francisco (2008). Responsabilidad penal médica, trabajo en equipo y principio de confianza. En Revista Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. XI, núm. 21, enero-junio, 2008. Bogotá DC.: Universidad Militar Nueva Granada en http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87602104. Pp. 65-80

Bernate Ochoa, Francisco (2010). Imputación objetiva y responsabilidad penal médica. Colección textos de jurisprudencia. ISBN: 978-958-738-086-6. Bogotá DC: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia en http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle.

Constitución Política de Colombia (Const). Julio 7 de 1991 (Colombia)

Corte Constitucional, Sentencia Su-1184 de 2001 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett)

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Radicado: 28017 del 14 de noviembre de 2007.M.P. Julio Enrique Socha Salamanca

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Radicado 32582, octubre 28 de 2009. M.P. Javier zapata Ortiz

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Radicado 25536, 27 de julio de 2006

Gossaín, Juan. (29 de enero de 2014). Cuando los pacientes de las EPS mueren sin atención.

*El Tiempo Casa Editorial. Recuperado de www.eltie*mpo.com/archivo/documento/CMS-13423202

Marsiglia M. Elével (2015). La falla del servicio médico asistencial de urgencias en los hospitales y clínicas de Colombia: un quebrantamiento permanente al principio bioético de no maleficencia. Trabajo de grado presentado para obtener el título de Magister en Bioética. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana. Instituto De Bioética. En http://repository.javeriana.edu.co/bitstream/

Martínez M. José M. (2011) El injusto imprudente en la responsabilidad médica. Revista Criterio jurídico garantista. Año 3 - No. 5 - Julio-Diciembre de 2011, ISSN: 2145-3381. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia en http://www.fuac.edu.co/modules.Pp. 418

Martínez M., José M. (2007) La coautoría imprudente. En revista Criterio jurídico garantista. Bogotá.D.C. : Universidad Autónoma de Colombia en http://www.fuac.edu.co/modules.php. Pp. 375

Montealegre L. Eduardo (1987). La culpa en la actividad médica: Imputación objetiva y deber de cuidado. Revista Chilena de Derecho. Vol.14. 24 a 28 de agosto de 1987. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile en https://repositorio.uc.cl/handle/11534/14448. Pp. 359-311

Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. 31 de agosto de 2004. Diario Oficial, núm. 45658.

Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. 24 de julio de 2000. Diario Oficial, núm. 44097.

Novoa Z. Juan Pablo (2008). Responsabilidad penal de los órganos directivos de la empresa. En Revista Actualidad Jurídica N° 18, Julio 2008. Santiago: Universidad del Desarrollo en http://derecho-scl.udd.cl/files/2011/11/v18a17-.pdf. Pp. 431-472

Quevedo H. Norbey. y Falla, María M. (4 de noviembre de 2014). Top 10 de casos polémicos en las EPS en Colombia. El Espectador. Recuperado de *www.elespectador.com/.../top-10-de-casos-polemicos-eps-colombia-articulo-525782*

Ramírez G., Andrés (2012). Comisión por omisión: negación y postergación de servicios de salud. Tesis presentada para optar al título de Magíster en Derecho Penal. Universidad. Medellín: EAFIT en https://repository.eafit.edu.co/xmlui/bitstream/

Ruiz, Carlos A. (2010). El delito de homicidio en comisión por omisión en la actividad médica. Investigación para optar al título de magíster en Derecho. Bogotá: Universidad Santo Tomás. http:www.unilibrebaq.edu.co/ojsinvestigacion/index.php/

Ruiz, Wilson (2004). La Responsabilidad Médica en Colombia en Revista Criterio Jurídico V.4 2004 ISSN 1657-3978. Santiago de Cali: Universidad Autónoma de Colombia. Pp. 195-216

Sandoval F. Jaime (2003). Causales de ausencia de responsabilidad penal en Revista de Derecho, N° 19: H8, Barranquilla: Universidad del Norte, en http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho. Pp. 1-18

Scheller D. André (2011). La teoría del dominio del hecho en la legislación penal colombiana. En Revista De Derecho Nº 35, ISSN: 0121-8697 Barranquilla: Universidad del Norte. En http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n35/n35a10.pdf. Pp. 244-263

Valencia C., Cesar (2013). La imputación objetiva en la responsabilidad penal médica en Temas Socio-Jurídicos, Vol. 32, No 65. Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga en http://revistas.unab.edu.co/index.php.

Vallejo J., Geovana A. (2012) Responsabilidad penal sanitaria: problemas específicos en torno a la imprudencia médica. Tesis doctoral León: Universidad de León. Facultad de Derecho en *https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/2217/tesis*

Vallejo J., Geovana A. (2014) Alcances del principio de confianza en la actividad médica. En revista Revista Ratio Juris Vol. 9 Nº 19, de 2011. Medellín: Universidad Autónoma Latinoamericana en http://www.unaula.edu.co/sites/default/files. Pp. 53-76

Vallejo J., Geovana A. (2015). Las capacidades especiales del profesional de la salud. En Revista Colombiana de Anestesiología Vol. 43 Núm.2 Bello: Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación en http://www.revcolanest.com.co/es/ Pp. 147-150

Velásquez V., Fernando (1993). La culpabilidad y el principio de culpabilidad. En Revista de Derecho y Ciencias Políticas, vol.50, año 1993, Lima. Universidad Pontificia Bolivariana (Medellín, Colombia). Pp. 283-310