

# LA CULPA EN LA ACTIVIDAD MEDICA: IMPUTACION OBJETIVA Y DEBER DE CUIDADO

*Eduardo Montealegre Lynett*

## PRESENTACIÓN

La Universidad Externado de Colombia, en homenaje al profesor Luis Enrique Aldana Roza, celebró las IX Jornadas Internacionales de Derecho Penal (24 a 28 de agosto de 1987) dedicadas al estudio de las relaciones existentes entre medicina, genética y delito.

El Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad me asignó una investigación sobre la culpa en la actividad médica, que conciliara los principales aspectos teóricos y prácticos del tema. El presente trabajo responde a un hecho concreto: intervenir como ponente en las jornadas internacionales. Por esta razón, no contiene un estudio general sobre la responsabilidad médica. Tampoco sobre los actuales problemas dogmáticos del delito culposo. Nos hemos limitado fundamentalmente *a la tipicidad del delito imprudente*, omitiendo el análisis de las causales de justificación y la culpabilidad.

Las consideraciones sistemáticas que aparecen, se realizaron con el único propósito de facilitar el entendimiento de ciertas categorías dogmáticas (v. gr. la imputación objetiva y el deber objetivo de cuidado) que no han contado en nuestro medio con la suficiente divulgación.

Con base en la teoría de la imputación objetiva y el deber de cuidado, resolvemos en el plano de la tipicidad algunos problemas de la responsabilidad médica, sin necesidad de acudir a las causales de justificación. En nuestro concepto, muchos de esos problemas no reciben solución satisfactoria, si utilizamos los instrumentos tradicionales: el estado de necesidad, el ejercicio de una actividad lícita y el consentimiento del paciente.

La conferencia comprende tres temas diversos: 1. La aplicación de la moderna teoría de la imputación objetiva al campo médico quirúrgico. 2. El deber de cuidado que le es exigible al facultativo en el desarrollo de su profesión, y 3. La omisión culposa. Puntos que se han desarrollado con base en el sistema de Derecho Penal creado por el finalismo. Es decir, considerar el dolo y el deber objetivo de cuidado como elementos de lo ilícito y no de la culpabilidad. Posición perfectamente aplicable a nuestro Código Penal, a pesar de los frustrados intentos de la comisión redactora para mantener el sistema neoclásico del delito.

*El autor*

## CAPÍTULO I

*Causalidad e imputación objetiva en el tipo de injusto*

A finales del siglo XIX las ciencias sociales y dentro de ellas el derecho penal se ven influidas decisivamente por el *movimiento cultural positivista* europeo, que domina la concepción filosófica de la época. Con la finalidad de despojar a la ciencia de todo criterio metafísico (es una reacción contra la filosofía idealista alemana y el derecho natural) el positivismo consideró que, salvo la lógica y la matemática, sólo tenían el carácter de ciencia aquellas disciplinas cuyo objeto podía ser corroborado experimentalmente: "... Según la ley de los tres estadios de Auguste Comte, con el positivismo la Humanidad pasa del estadio metafísico al estadio científico, al limitarse a aquello que es susceptible de observación empírica —es decir, a los hechos y a las conexiones causales de hechos—, dando de lado todo lo que trasciende de la observación empírica..."<sup>1</sup>. Por esta razón, el *positivismo naturalista* traslada al derecho penal el modelo de las ciencias exactas, fundamentándolo sobre "hechos indubitables".

Tanto los fenómenos del *mundo exterior*, que podemos percibir por los sentidos (oírlos, verlos y medirlos), como los del *mundo interior* (los hechos psíquicos) se rigen de acuerdo al positivismo por la ley de la causalidad. Karl Larenz afirma: "... No existe, según la concepción del positivismo, una diferencia *fundamental* entre el nexo causal en la naturaleza inanimada, los procesos evolutivos orgánicos y la determinación psíquica, es decir, la motivación. En todas partes tiene validez el axioma que todo cambio perceptible en el tiempo tiene que tener su causa temporalmente anterior que, por su parte, produce necesariamente el efecto según las leyes naturales..."<sup>2</sup>.

Influida por el positivismo, la dogmática penal construye la teoría del delito sobre la base de la causalidad. El tipo penal es concebido causalmente y la antijuridicidad como simple lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, sin justificación de ninguna naturaleza (desvalor del resultado)<sup>3</sup>. Para determinar el contenido material de la tipicidad, bastaba con demostrar que el agente había producido causalmente el resultado, ocasionando una modificación en

<sup>1</sup> Hans WELZEL, *Introducción a la filosofía del derecho*, Derecho natural y justicia material, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1984, págs. 191-192.

<sup>2</sup> Karl LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1980, págs. 58-59. En el mismo sentido: MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal*, Editorial Bosch S.A., Barcelona, 1982, págs. 216 y ss.

<sup>3</sup> Para la concepción causal del delito, el *desvalor del resultado* (desaprobación de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico) es el fundamento de la antijuridicidad. En el finalismo, el centro de lo injusto es el *desvalor de acción* (el conocimiento de los hechos en el tipo doloso y la infracción al deber de cuidado en el tipo culposo). En la actualidad, la doctrina dominante, partiendo de una concepción *imperativa* de la norma penal, niega todo papel fundamentador de lo injusto, al desvalor del resultado. Las normas prohíben conductas activas u omisivas. No simples causaciones de resultados. Por ello, al considerarse que la norma jurídica cumple una función de determinación de conductas, casi unánimemente se acepta la inclusión del dolo (natural) y la infracción al deber objetivo de cuidado como elementos del tipo, no de la culpabilidad. (Cfr. HUERTA TOCILDO, Susana, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1984, págs. 17 y ss.).

el mundo exterior, separable en el tiempo y en el espacio de su manifestación de voluntad, entendida ésta como una simple inervación muscular (sistema de Liszt-Beling).

Inicialmente, el dogma causal *no* constituyó un principio informador de toda la teoría del delito. "... Basándose en las doctrinas del derecho común que posteriormente pasaron al derecho penal nacional, dice Maurach, se ocupaba la ciencia aun a comienzos del siglo XIX de la causalidad como de un simple problema de los delitos de homicidio. Incluso los grandes tratados de mitad de siglo se negaron a reconocer la causalidad como característica general del delito..."<sup>4</sup>. El problema de la llamada relación causal surgió vinculado a la doctrina de la *lethali tas vulneris*. El derecho romano y el germánico señalaron reglas fijas para determinar si las lesiones ocasionadas tenían *por sí* aptitud suficiente para producir la muerte. Si podían ser consideradas mortales. Verbigracia, el lapso transcurrido entre la herida ocasionada y la muerte; la aparición de una nueva lesión; el descuido de la víctima; la clasificación de las heridas en grandes y pequeñas, etc.<sup>5</sup>.

#### A. La equivalencia de las condiciones

Maximiliano Von Buri introduce la causalidad como característica general del delito. Su teoría de la *equivalencia de las condiciones* (Äquivalenztheorie), *considera como causa la suma de todos los antecedentes* que convergen a la producción de un determinado resultado. A diferencia de las llamadas teorías individualizadoras, *no* selecciona como causa una de las varias condiciones que sirven de presupuesto a la modificación del mundo exterior. Todos los antecedentes tienen idéntico valor, en la medida que condicionan el resultado concreto<sup>6</sup>.

Para determinar en qué casos un antecedente condiciona el resultado, la equivalencia utiliza como *método de constatación* (no debe olvidarse que la causalidad es una categoría del ser) la siguiente fórmula: si suprimimos mentalmente la actividad del autor y el resultado no se produce, es porque se encuentra en relación causal con el mismo. Por el contrario, si suprimida mentalmente la conducta del sujeto, el *resultado concreto* también se hubiera producido, debe negarse la relación causal porque la conducta no lo ha condicionado.

A empuja levemente a B con la finalidad de ocasionarle una lesión, B cae al suelo y se produce una herida insignificante. Al ser llevado a un centro hospitalario, muere debido a una falla médica, pues el facultativo lo interviene en estado de embriaguez, aplicando indebidamente la anestesia. Desde el punto

<sup>4</sup> REINHART MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, Editorial Ariel, Barcelona, 1962, pág. 222.

<sup>5</sup> Cfr. HUERTA FERRER, Antonio, *La relación de causalidad en la teoría del delito*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1984, págs. 27 y ss.

<sup>6</sup> ENRIQUE GEMBERNAT critica la teoría de la equivalencia, porque si considera que *causa* son todas las condiciones en su conjunto, no se entiende cómo cada una de ellas lo sea también. Afirma que lo correcto en esta teoría no es su concepto de *causa*, sino de *relación causal*. Es decir, que toda condición figura en relación material con el resultado. El comportamiento punible tiene que haber sido, *por lo menos*, condición del resultado. Cfr. *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Editorial Reus S.A., Madrid, 1966, pág. 100.

de vista de la teoría de la equivalencia de las condiciones, A es causa de la muerte, porque si no se produce la herida, no hubiera sido intervenido quirúrgicamente. También la conducta del médico es condición de ella, porque la operación contraria a la *lex-artis* contribuyó al fallecimiento.

Al aplicarse la fórmula de la *conditio sine qua non*, tiene que examinarse el *resultado concreto*. Es decir, hay que afirmar la causalidad, aun cuando el resultado se hubiere producido posteriormente por un curso causal distinto, no creado por el autor. Por ejemplo, si A asesta a B una puñalada, produciéndole inmediatamente la muerte, responderá por el delito de homicidio, así se demuestre que B se encontraba mortalmente herido y de todas maneras fallecería horas después. Con razón anota Welzel lo siguiente: "...El resultado concreto es siempre decisivo, esto es, el resultado en su forma individual, magnitud y tiempo de su producción. Así, comete homicidio el que da muerte al destinado a morir..."<sup>7</sup>. En síntesis, para la aplicación de la *fórmula* de la equivalencia, se deben rechazar los llamados cursos causales hipotéticos. Es decir, lo que probablemente hubiere pasado sin la actuación del sujeto. V. gr., consideraciones como ésta: si no le causa la muerte el médico que opera en forma descuidada, el paciente moriría posteriormente porque la enfermedad era incurable<sup>7 bis</sup>.

En la teoría de la equivalencia de las condiciones *no puede hablarse de concausas, ni de interrupción del nexo causal*, porque, como quedó dicho, todos los antecedentes o factores que convergen a la producción del resultado tienen idéntico valor. Por esta razón, las condiciones preexistentes (v.gr., la frágil constitución física de la víctima) o sobrevinientes (v. gr. la deficiente atención médica o el descuido de la víctima en el tratamiento prescrito), que contribuyen conjuntamente con la actuación del autor a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, *no pueden ser consideradas como situaciones que interrumpen o excluyen el nexo causal*. La relación existe o no, sin que sea admisible un término medio. Con razón anota Luis Jiménez de Asúa lo siguiente: "...Para la equivalencia de condiciones, la concausa es una condición como cualquier

<sup>7</sup> Hans WELZEL, *Derecho penal alemán*, Editorial Jurídica de Chile, 11ª edición, Santiago, 1976, pág. 67.

<sup>7 bis</sup> Para poder aplicar la fórmula de la *conditio sine qua non* —afirman algunos— es necesario conocer la ley natural que rige la causalidad. Sólo si conocemos científicamente que una determinada droga produce en ciertos pacientes reacciones adversas, podemos *constatar* (ex-post) la relación causal, suprimiendo in-mente la conducta del médico que la formuló. A raíz del *proceso Contergan* se ha dicho que los cursos causales pueden verificarse acudiendo a leyes estadísticas (probabilidad excluyente de hipótesis contrarias), cuando se desconoce la ley científica natural que los fundamenta. A principios de la década del 60 nacieron en Alemania Occidental miles de niños con deformaciones óseas y otras anomalías. Se comprobó que las madres habían ingerido la droga Contergan. Sin embargo, no podía afirmarse que suprimida mentalmente la ingestión del fármaco desaparecerían las deformaciones, porque no se había demostrado con base en principios de experiencia reconocidos generalmente, que su consumo produce necesariamente ese tipo de resultados. Cfr. Armin KAUFMANN, *Tipicidad y causalidad en el procedimiento Contergan*. Trabajo publicado en *Nuevo Pensamiento Penal*, Revista de Derecho y Ciencias Penales, enero-marzo 1973, N° 1, Editorial Astrea. En sentido contrario a Armin Kaufmann: TORIO LÓPEZ, Angel, *Cursos causales no verificables* en *Derecho Penal*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1983, págs. 222 y ss.

otra y no predomina sobre las restantes, puesto que *toda* son igualmente causales. Por eso no se excluye el nexo causal. Si una circunstancia es antecedente, basta tal poder condicionante para constituir la como causa aunque actúe con otras condiciones, cosa que ocurre siempre en todo hecho real...<sup>8</sup>.

### B. *La causalidad adecuada*

Debido al amplísimo concepto de relación causal que envuelve la teoría de la *conditio sine qua non*, se ha afirmado que con base en ella *todo el mundo es responsable de todo*. Sería causa del homicidio no solamente el conductor imprudente que atropella al peatón, sino también el padre que presta el vehículo al hijo, lo mismo que el usurero que otorga el dinero para la financiación del auto, y así hasta el infinito. Por esto, la mayoría de las teorías causales que se han expuesto con posterioridad, han buscado una limitación para los excesos a que puede conducir la equivalencia de las condiciones, si se aplica con todo su rigor. Podemos afirmar que *el fracaso de todas ellas ha sido el de buscar su limitación en el mismo plano de la causalidad*. Desde un punto de vista empírico-naturalista, la equivalencia no admite limitación alguna: la relación causal se da o no, sin que podamos introducir criterios valorativos para restringirla<sup>9</sup>.

Este fue el gran error de la llamada *teoría de la causalidad adecuada*. "... En vez de preguntarse, dice Luis Jiménez de Asúa, una vez aceptada la tesis de la *conditio sine qua non*, si el nexo causal evidente era relevante para la responsabilidad, trató de fundar una teoría causal que solucionase *a priori* el asunto. Su más voluminoso error no está sólo en esta impaciencia antilógica, sino en haber elaborado una doctrina jurídica de la causalidad, distinta de la física y filosófica. No es posible, en materia de tanta monta general y unitaria, elaborar una doctrina para 'andar por casa', para andar por la casa del Derecho Penal..."<sup>10</sup>.

Utilizando el criterio de la probabilidad, de carácter fundamentalmente estadístico, esta teoría considera como causa únicamente la condición que *generalmente* (de acuerdo a la experiencia) produce un determinado resultado. Esto significa que *no se tienen en cuenta todas las condiciones que realmente contribuyeron a la producción del resultado, porque se hace abstracción de algunas de ellas* para hacer el juicio de adecuación.

Ejemplos: 1) A ocasiona un empujón a B, que se encuentra embarazada, ocasionándole el aborto y posteriormente la muerte por defectos en la intervención quirúrgica. 2) A ocasiona a B una leve herida, y como consecuencia de ella, B, que es hemofílico, muere. 3) A colisiona suavemente con el vehículo B,

<sup>8</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, cuarta edición, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1963, págs. 584-585.

<sup>9</sup> LUZÓN PEÑA afirma que "... en la dogmática jurídico-penal alemana hace ya tiempo que la doctrina dominante rechaza que las debidas restricciones a la responsabilidad se puedan efectuar en el plano ontológico de la relación causal...". Comentarios a la decisión de 20 de mayo de 1981 del Tribunal Supremo español. Publicados en *Revista de Derecho de la Circulación*, Año XVIII-5 septiembre-octubre, Madrid, 1981, pág. 503.

<sup>10</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, *ob. cit.*, pág. 569.

en el cual se encuentra el pasajero C, que sufre del corazón. Debido al súbito choque padece un ataque cardíaco y muere a consecuencia de él.

La teoría de la causalidad adecuada hace abstracción de algunas condiciones (del embarazo en la mujer, de la condición de hemofílico y de enfermo del corazón) y se pregunta: ¿Una herida leve o una colisión como la producida, tienen la aptitud suficiente para producir la muerte en una persona normal? (no embarazada, no hemofílica, sin problemas cardíacos). Si la pregunta es negativa, tiene que negarse la relación causal.

Es claro, entonces, que la equivocación de la adecuación es negar el nexo causal en situaciones donde realmente existe. ¿O es que puede considerarse que el hemofílico, la mujer embarazada y el sujeto con deficiencias cardíacas fallecieron de muerte natural? "... Empíricamente, no cabe duda —dice Jiménez de Asúa— de que, si atendemos a *todas* las condiciones y antecedentes del acto concreto, según el saber nomológico, esto es, en atención a las leyes de la naturaleza, nadie podría oponerse, en cualquier caso, a la afirmación de que todo ese conjunto de antecedentes y circunstancias ha sido idóneo para producir el resultado, por la potísima razón de que éste se produjo..."<sup>11</sup>

El punto de mayor controversia en la teoría de la adecuación, es la determinación de los criterios a seguir, para precisar si una condición es adecuada al resultado. Como anota Gimbernat, "... la cuestión es la siguiente: ¿Qué condiciones hay que admitir en el juicio de adecuación y de cuáles hay que abstraer? Debemos de formular la pregunta así: ¿Es una lesión leve adecuada para causar la muerte?, o así: Es una lesión leve inferida a un hemofílico, apropiada para producir la muerte?..."<sup>12</sup>

El problema se resolvió *acudiendo al criterio de la previsibilidad*. Para una *concepción subjetiva* (v. Kries), solamente debían tenerse en cuenta aquellas condiciones que eran conocidas por el autor. Tesis que fue criticada, "... pues si se presuponen sólo las circunstancias conocidas al autor, desaparecen todos los delitos culposos, por falta de causalidad..."<sup>13</sup>, debido a que en ellos el agente *no* conoce todas las circunstancias del hecho, pero tenía posibilidad de conocerlas. Por esta razón, se acude al criterio de la llamada *previsibilidad objetiva*: sólo hay que tener en cuenta las circunstancias que al momento de la acción (ex-ante) eran conocidas o cognoscibles por el hombre medio (prudente) en la misma situación del autor. Posición que también fue rechazada, debido a que excluía como adecuadas aquellas condiciones que el hombre medio no podía conocer, pero que el infractor, debido a sus conocimientos excepcionales, sí podía hacerlo. De acuerdo a esto, si para el hombre medio era desconocida la frágil constitución física de la víctima, la acción (v. gr. dar un fuerte empujón) sería inadecuada, así el autor conociera la condición preexistente en ella.

En la actualidad se acepta que en el juicio de adecuación hay que incluir aquellas condiciones que de acuerdo a la experiencia general son conocidas

<sup>11</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, *ob. cit.*, pág. 534.

<sup>12</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, *ob. cit.*, pág. 25.

<sup>13</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, *ob. cit.*, pág. 27.

o cognoscibles por el hombre medio (previsibilidad objetiva), y las circunstancias desconocidas por él, pero que no escapan al autor debido a sus conocimientos excepcionales (previsibilidad subjetiva). La valoración debe hacerla el juez (prognosis posterior) colocándose en la situación del autor al momento de la acción, con los conocimientos que sobre los hechos y las leyes de la naturaleza tuviere antes de producirse el resultado (*ex-ante*)<sup>14</sup>.

Debe aclararse, como lo hace Juan Córdoba Roda, que "... dicho juicio no deberá confundirse con la noción de culpa, pues para esta última se requiere, junto a la previsibilidad *personal* del resultado, la infracción de la norma de cuidado. El cirujano que realiza una operación arriesgada, conforme a la *lex artis*, prevé la posibilidad de que se produzca un desenlace fatal, sin cometer por ello conducta imprudente alguna..."<sup>15</sup>.

No obstante las críticas iniciales que se hicieron a la causalidad adecuada (como teoría causal), el pensamiento de la adecuación, conjuntamente con la teoría de la relevancia típica, pueden considerarse como los principales antecedentes de la moderna *teoría de la imputación objetiva*. En efecto, la idea básica de que sólo puede ser imputado un resultado, cuando el riesgo creado por el agente *es el mismo* que se concreta en la lesión del bien jurídico, se encontraba ya implícita en la teoría de la causalidad adecuada, al estudiar los juicios de posibilidad y probabilidad. Más exactamente, *el grado de tendencia* de la acción base para culminar en la producción del resultado. En la consideración *ex-ante*, de que una determinada actividad del hombre, llevaba inherente el peligro de ocasionar un resultado más grave. Criterio que se utilizó para disminuir los excesos de la equivalencia de las condiciones, frente a los delitos cualificados por el resultado<sup>16</sup>.

Una vez que la ciencia del derecho penal concluyó que la causalidad como categoría del ser (así la llamó Welzel) no admitía limitación alguna, se dio un nuevo rumbo metodológico: aceptar la teoría de la equivalencia de las condiciones sin ninguna restricción en el plano causal; las limitaciones se encontrarían en el plano de lo ilícito, precisando que sólo algunas de esas condiciones eran relevantes para el ordenamiento jurídico. Dos planteamientos apuntaron en esta dirección: a) La teoría de la relevancia típica (Mezger) y b) La teoría de la imputación objetiva (Richard Honning; Claus Roxin), que viene a desarrollar los principios inconclusos que dejó la teoría de la relevancia.

<sup>14</sup> Cfr. ESCRIVÁ GREGORI, José M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, Edit. Bosch S.A., Barcelona, 1976, págs. 85 y ss.

<sup>15</sup> CÓRDOBA RODA, Juan, *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, (Artículos 1-22), Editorial Ariel, Barcelona, 1972, pág. 14. En el mismo sentido se pronuncia Córdoba Roda en los comentarios al tratado de Maurach, *ob. cit.*, pág. 241, nota N° 24.

<sup>16</sup> Como en esta clase de delitos la responsabilidad por el resultado más grave era objetiva (v.gr. el aborto seguido de lesión o muerte), se exigió que apareciera como realización del peligro (tendencia) implícito en la conducta inicial dolosa. Cfr. HUERTA TOCILDO, Susana, *Aborto con resultado de muerte o lesiones graves*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1977, págs. 55 y ss.

### C. *La relevancia típica*

La *relevancia del nexo causal* se determina de acuerdo al *sentido* de los tipos penales. Sólo una correcta interpretación del núcleo rector permite establecer si una *conditio sine qua non* es relevante para el derecho penal. Esta teoría acoge algunos de los principios de la adecuación, al considerar irrelevantes para el tipo penal los llamados cursos causales irregulares o complejos, y las acciones que consideradas *ex-ante* no representan un peligro significativo para el bien jurídico<sup>17</sup>.

A empuja levemente a B, quien al caer al suelo resulta con una pequeña herida. Durante el tratamiento médico se infecta al ser tratada descuidadamente con material séptico, y el paciente muere. Desde el punto de vista de la equivalencia, es indiscutible que la acción de A es condición del resultado muerte. Sin embargo, no es relevante para el tipo penal, porque un empujón leve no puede ser considerado como una acción de matar, de acuerdo al sentido del tipo de homicidio<sup>18</sup>.

Al separar "... exactamente la causación y la imputación del resultado..."<sup>19</sup>, la teoría de la relevancia se constituyó en el fundamento de la moderna teoría de la imputación objetiva, que viene a desarrollar los criterios derivados del concepto de lo ilícito penal, que sirven de pauta para la imputación del resultado.

### D. *La imputación objetiva*<sup>20</sup>.

Las nuevas orientaciones del derecho penal distinguen en el plano de la tipicidad dos categorías independientes y sucesivas: *relación causal e impu-*

<sup>17</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho Penal*, Parte general, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1978, págs. 299 y ss.

<sup>18</sup> Cfr. CÓRDOBA RODA, Juan, Notas al Tratado de Maurach, *ob. cit.*, pág. 239. En el mismo sentido: RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho Penal*, *ob. cit.*, pág. 300.

<sup>19</sup> JOHANNES WESSELS, *Derecho Penal*, Parte General, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, pág. 58.

<sup>20</sup> La Teoría de la imputación objetiva tiene aplicación en muchos aspectos de la estructura del delito. No se limita a los llamados delitos de resultado, en los cuales existe una modificación del mundo exterior como consecuencia de la acción. Verbigracia, sirve para resolver problemas como las relaciones entre autores y partícipes (excesos del ejecutor material que no constituyen realización del peligro creado por el determinador); la contribución del cómplice (elevación del riesgo) en el hecho principal; la aceptación de la tentativa en los delitos de omisión impropia ("... se alcanza el estadio de la tentativa en el momento en que, si se sigue aguardando por más tiempo, aumenta el riesgo de que se produzca el resultado..." —Roxin—); en el delito de estafa, para determinar si el engaño producido se encuentra dentro del fin de protección de la norma (Cfr. TORIO LÓPEZ, Angel, *Acción y resultado típico en la estafa procesal*. Libro homenaje al profesor Antón Oneca, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, págs. 877 y ss.); el reemplazo de la causalidad hipotética en los delitos de comisión por omisión, por criterios de imputación derivados de la finalidad y contenido de la norma; para resolver problemas concretos en las causales de justificación (Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *El ejercicio legítimo del cargo*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1980, págs. 197 y ss.); en los delitos de peligro hipotético, etc.

*tación objetiva* <sup>21</sup>. Para hacer un juicio de responsabilidad penal no basta con la constatación de la relación causal, determinable de acuerdo a criterios extraídos de las ciencias naturales —teoría de la equivalencia de las condiciones—, sino que es preciso, además, la imputación objetiva del resultado. Imputación que se realiza con base en criterios *normativos y teleológicos*, obtenidos de una correcta interpretación del bien jurídico <sup>22</sup>.

El desarrollo de la imputación objetiva está vinculado con la crisis del dogma causal y con la idea de que el contenido material de la tipicidad no está dado por la equivalencia de las condiciones, sino por el bien jurídico. La causalidad *no* puede continuar como base del sistema, porque el avance de las ciencias naturales, de donde se trasladó al derecho penal, ha señalado su falta de validez: "... los experimentos —dice Heisemberg— están sometidos a las leyes de la mecánica cuántica y con ellos a las relaciones de imprecisión; por eso, mediante la mecánica cuántica se comprueba definitivamente la falta de validez de la ley causal..." <sup>23</sup>.

El dogma de la causalidad no puede constituirse en el fundamento material de la tipicidad, porque se violaría la función garantizadora del tipo de injusto. En efecto, la equivalencia de las condiciones (única tesis causal aceptable) es tan amplia, que cualquier circunstancia, por más remota e insignificante que fuere, estaría realizando el tipo penal. Con razón anota Juan Bustos que la piedra angular en el injusto no es la causalidad, sino el bien jurídico <sup>24</sup>.

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

<sup>21</sup> Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, Comentarios a la decisión del 20 de mayo de 1981 del Tribunal Supremo español, *Revista de Derecho de la Circulación*, ob. cit., págs. 502 a 504.

<sup>22</sup> Cfr. TORIO LÓPEZ, Angel, *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, publicado en el Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, fasc. N° 1, Madrid, 1986, págs. 33 a 48.

<sup>23</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Significación social y tipicidad*, publicado en Estudios Penales, Libro Homenaje al Profesor Antón Oneca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, pág. 125.

<sup>24</sup> "En definitiva, pues, el problema del contenido de la tipicidad es determinar qué acciones son *atribuibles* a un tipo, lo cual sólo es posible hacerlo desde el punto de vista del bien jurídico, en cuanto éste implica una relación social. El comportamiento humano no es sino una forma de vinculación de los sujetos dentro de dicha relación social y por ello mismo es un concepto que implica un determinado *rendimiento* social. Por eso, en ese sentido, el trabajo es el comportamiento humano social por excelencia, pues se identifica con rendimiento social. De aquí, entonces, es que hay que partir para buscar desde el bien jurídico los criterios de *atribución* de comportamientos humanos a un tipo determinado", BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Significación Social y Tipicidad*, publicado en Estudios Penales, Libro Homenaje al Profesor J. Antón Oneca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, págs. 135-136.

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 reelaboración.

Angel Torio López expresa, que en la imputación objetiva entran en consideración elementos *causales, teleológicos y normativos*. El primer presupuesto consiste en la realización de un juicio de hecho: determinar, de acuerdo a la equivalencia de las condiciones, cuál ha sido la causa del resultado. No importan en este momento las apreciaciones teleológicas y normativas (momento causal). En segundo lugar, partiendo de una *perspectiva ex-ante*, hay que precisar si la acción puede considerarse como peligrosa para la producción del resultado. Si lleva implícito un peligro que progresivamente se materializa en la lesión del bien jurídico (momento teleológico). Por último, la acción peligrosa tiene que estar prohibida por el ordenamiento jurídico. Entrar en contradicción con una norma concreta (momento normativo) <sup>25</sup>.

1. *La acción peligrosa*. El fundamento de la imputación objetiva es la acción peligrosa, jurídicamente desaprobada. El punto central de discusión está en determinar si la prohibición penal ha de incidir *antes* de la producción del resultado, motivando a los ciudadanos para evitar y prevenir hechos futuros (perspectiva *ex-ante*), o *después*, cuando el resultado ya se ha producido (perspectiva *ex-post*). El primer punto de vista está vinculado con una concepción preventiva de la pena, de acuerdo con la cual la norma penal pretende evitar conductas lesivas o peligrosas. La segunda, con una concepción retributiva, porque la sanción penal se entiende como respuesta hacia un hecho cumplido. La prevención mira hacia el futuro. La retribución, hacia el pasado <sup>26 27</sup>.

Si aceptamos una concepción preventiva de la pena, la peligrosidad de la acción tiene que ser calificada *ex-ante*, es decir, *en el momento en que se inicia, no cuando se ha producido el resultado* (ex-post) <sup>28</sup>.

<sup>25</sup> TORIO LÓPEZ, Angel, *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, ob. cit., pág. 34.

<sup>26</sup> Este planteamiento ha sido elaborado por Santiago Mir Puig en dos trabajos importantes: 1. *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, Editorial Bosch S.A., Barcelona, 1982, págs. 58 y ss. 2. *La perspectiva ex-ante en Derecho Penal*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales, Madrid, 1983, Separata, págs. 5 y ss.

<sup>27</sup> Malamud GORI también acude a criterios de política criminal y a la función preventiva de la pena para resolver problemas de *autoría accesoria*, en los cuales dos personas contribuyen causal e imprudentemente a la producción de una lesión, pero la acción de una de ellas *no tiene inmediatez* con el resultado ocasionado. Trae el siguiente ejemplo: "... un armero vende una escopeta en estado defectuoso, lo que no advierte por olvido al comprador. Este comprador no se toma siquiera el trabajo de revisar el arma y la guarda un tiempo, luego del cual la presta a un amigo alocado, quien por una acción imprudente hiere a un tercero..." (...). "... A los ojos de la generalidad no existe, directamente, causalidad entre la acción del vendedor y el disparo fatal, y por ello, en todo caso la pena carecerá de efecto preventivo general alguno..." *La estructura penal de la culpa*. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976, págs. 87-88.

<sup>28</sup> Santiago Mir Puig nos trae el siguiente ejemplo, con base en el cual podemos distinguir las consecuencias que se derivan al valorar la peligrosidad de la acción desde una perspectiva *ex-ante* o *ex-post*: "... A causa a B una fuerte impresión al comunicarle la muerte de su hijo, noticia que, habida cuenta del delicado estado del

Por consiguiente, no pueden considerarse peligrosas aquellas acciones que en el momento de su iniciación no representaban un peligro jurídicamente relevante para la lesión de un bien jurídico, así a la postre culminen en la producción de un resultado típico. No pueden ser imputados aquellos resultados que son producto de cursos causales irregulares, extravagantes, ocurridos por fuera de todo cálculo racional<sup>29</sup>.

El peligro es la *probabilidad de un acontecimiento lesivo*. Es un concepto objetivo, porque requiere una fundamentación apoyada en la experiencia general. La mayor o menor posibilidad de un curso causal no se determina por las creencias, impresiones o temores que tenga el sujeto sobre una situación determinada. No es un "ens imaginationis". El juicio sobre el peligro tiene que ser realizado por un *espectador objetivo* (el juez) situado en el momento en que se va a realizar la acción. Entran en consideración todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por ese espectador objetivo y las conocidas por el autor (conocimiento ontológico). Además, la experiencia general de la época sobre la probabilidad de que un determinado acontecimiento culmine con la lesión de un bien jurídico (conocimiento nomológico)<sup>30</sup>.

---

corazón de B, le produce la muerte. Una vez comprobados los extremos del hecho producido, no cabe duda de que A aparece como causante de la muerte de B; en cambio, *ex-ante*, en el momento de darse la noticia la conducta de A no se presentaba como peligrosa para la vida de B. ¿Ha infringido A la prohibición de matar? Si se adopta la perspectiva *ex-post*, habrá que decir que sí, pero si la prohibición se refiere al momento de la acción (*ex-ante*), y se pregunta si *en aquel instante* el Derecho prohibía a A comunicarle a B la muerte de su hijo, la respuesta deberá ser negativa..."; MIR PUIG, Santiago, *La perspectiva ex-ante en Derecho Penal*, ob. cit., pág. 5. Debemos agregar que la peligrosidad de la acción depende de si se trata de un delito doloso o culposo, porque los criterios de imputación varían según la clase de delito. En el ejemplo expuesto, la respuesta a si el derecho prohibía a A comunicarle a B la muerte de su hijo, depende de los conocimientos que *ex-ante* sobre la situación de B (delicado estado del corazón) tuviera el sujeto A.

<sup>29</sup> Un caso fallado recientemente (1983) por el Tribunal Supremo español nos ilustra sobre un *curso causal complejo, ocurrido por fuera de todo cálculo racional*. Un periodista (Vinade) publica en una revista de amplia circulación en España una entrevista a un miembro de un grupo armado que luchaba contra la organización ETA. En ella contaba la forma cómo operaban contra ésta, y se daba el nombre de algunos de sus integrantes. A raíz de la publicación, la ETA da muerte a una de las personas que aparecían mencionadas en el reportaje. El Tribunal Supremo (en discutible decisión porque la acción valorada *ex-ante* no podía considerarse como peligrosa) *condenó al periodista por homicidio culposo*, considerando que existía relación causal entre la publicación y la muerte; que la intervención dolosa de un tercero no interrumpía el nexo causal (equivalencia de las condiciones); que la publicación de la entrevista era un hecho imprudente, y que la muerte era previsible.(1).

<sup>30</sup> "... Desde un punto de vista *ex-post*, carece de sentido, sin embargo, el juicio de peligro: si el resultado se ha producido, la conducta era peligrosa, y si no se ha producido, no lo era. El juicio de peligro sólo tiene sentido realizado *ex-ante* y entonces puede suceder, sin duda, que la producción del resultado aparezca como improbable y la acción como no peligrosa y que, no obstante, el resultado se produzca después..."; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español*, Parte General, I. Tercera edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1985, págs. 330-331, nota N° 34, *in-fine*. Una posición contraria (juicio de peligro realizado *ex-post*) es sostenida por ESCRIVÁ GREGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, ob. cit., págs. 90 y ss.

La no creación de un riesgo jurídicamente relevante es uno de los criterios de la imputación objetiva, utilizado por la doctrina para resolver el problema de las llamadas concausas sobrevinientes. Por ejemplo, Claus Roxin afirma que "... si la persona atropellada por un coche muere víctima de un accidente de tráfico al ser llevada al hospital, esa muerte no le es punible al primer causante ni como homicidio doloso ni como homicidio imprudente, porque el dar lugar a un recorrido en coche no implica ningún riesgo jurídicamente relevante; así no se puede pretender objetivamente causar una muerte..."<sup>31</sup>. Algunos autores acuden a otro criterio de imputación (el fin de protección de la norma) para resolver este grupo de casos en que existe desviación del curso causal. Los hechos sobrevinientes que están fuera de todo cálculo racional no le pueden ser imputados al sujeto, porque no son de aquellos que trata de evitar la norma<sup>32</sup>.

En la actualidad se abre camino la tesis de que *los criterios de imputación son distintos en los delitos dolosos y en los culposos*. Una acción que en abstracto pueda ser considerada insignificante para la lesión de un bien jurídico, se torna peligrosa si el sujeto actúa dolosamente. Por el contrario, comportamientos altamente riesgosos, que producen resultados lesivos, no le son imputados al sujeto cuando ha observado el deber de cuidado que le era exigible. "... Excluidas las hipótesis —dice Torio López— en que se asiste a cursos causales irracionales, extravagantes, atípicos, irreales, fuera de toda calculabilidad o pronosticabilidad, no hay duda de que el grado de adecuación de la acción para producir el resultado no es idéntico en el delito doloso y en el delito culposo. El que lanza una piedra contra una persona hemofílica —en el conocido caso de la jurisprudencia alemana— no responderá por un delito si la enfermedad era desconocida por él. Por el contrario, deberá considerarse que el resultado sobrevenido es generalmente imputable en la hipótesis de que la acción se dirija dolosamente a producir una hemorragia incoercible habida cuenta de la constitución corporal del ofendido..."<sup>33</sup>. Una operación a un paciente puede ocasionar un alto riesgo para su vida e integridad personal. No obstante, si el médico lo interviene observando la *lex-artis* (deber de cuidado) el resultado fatal no le es imputable porque se encuentra dentro del riesgo permitido.

2. *La realización del peligro*. Una vez comprobada la relación causal entre el comportamiento del autor y el resultado, hay que demostrar que la acción peligrosa creada por él, "... progresivamente se ha materializado en el resultado típico. Esto implica la formulación de un juicio de pronóstico sobre el peligro dimanante de la acción, peligro que dinámicamente ha conducido a la causación del resultado..."<sup>34</sup>. Si el peligro (jurídicamente desaprobado) creado

<sup>31</sup> CLAUS ROXIN, *Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal*. Publicado en: Problemas básicos del Derecho Penal, Editorial Reus S.A., Madrid, 1978, pág. 132. En el mismo sentido: Gladys ROMERO, *La conexión entre acción y resultado en los delitos de lesión*. Publicado en Cuadernos de Política Criminal N° 19, Editorial Edersa, Madrid, 1983, pág. 165.

<sup>32</sup> Cfr. CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español*, Parte General, I. Ob. cit., pág. 326.

<sup>33</sup> TORIO LÓPEZ, Angel, *Naturaleza y ámbitos de la teoría de la imputación objetiva*, ob. cit., pág. 39.

<sup>34</sup> TORIO LÓPEZ, Angel, *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, ob. cit., pág. 34.

por el sujeto, *no es el mismo* que se concreta en el resultado producido, no le puede ser imputado al sujeto. No se trata de determinar si la conducta ha condicionado el resultado, porque se parte de ese supuesto. El fenómeno es distinto, porque en este plano operamos con criterios teleológicos<sup>35</sup>. Se trata de establecer si existe una *relación de riesgo* entre la conducta del autor y la modificación del mundo exterior.

Este criterio de imputación es importante, *cuando la conducta imprudente o negligente del médico origina una nueva relación de riesgo que se concreta en el resultado*. ¿Hasta dónde llega la responsabilidad de la persona que ocasiona la herida al enfermo, cuando interviene un hecho sobreviniente como la culpa médica? Sobre el particular, y por *vía de ejemplo*, podemos señalar los siguientes grupos de casos:

a) La acción base *no* lleva inherente el peligro de producir un resultado más grave. Por ejemplo, en un accidente de tránsito se le ocasiona a un transeúnte una lesión leve, que generalmente no conduce a resultados más graves. No obstante, se produce la muerte o una lesión mayor, por culpa en el tratamiento. En estos casos, el resultado más grave sólo le es imputable al médico, porque el riesgo creado por el conductor *no es el mismo* que se concretó en la lesión del bien jurídico.

b) La acción base lleva inherente el peligro de producir un resultado más grave, que puede ser evitado con una oportuna intervención médica. Un sujeto A le ocasiona a B una herida con aptitud suficiente para producir la muerte. *Existiendo aún posibilidad de salvación*, B es conducido al Hospital, donde muere porque el médico no interviene o lo hace en forma defectuosa. En esta hipótesis podemos afirmar también que el riesgo creado por A no ha sido el mismo que se concretó en el resultado, sino *uno nuevo* originado por la conducta descuidada del facultativo. La muerte no le es imputable a A, quien responderá por tentativa de homicidio si la conducta estaba finalmente dirigida a producir la muerte; o por lesiones si no quería ocasionarla (dolo o culpa según el caso). El médico responderá por homicidio culposo.

c) La acción base lleva inherente el peligro de producir un resultado más grave, el cual no podría ser evitado ni siquiera con una oportuna intervención médica. Se trata en estos casos de aquellas hipótesis en las cuales el bien jurídico *está irremediamente perdido* (vgr., porque el autor ha desencadenado una enfermedad incurable; la muerte es inevitable), pero el médico *acelera* la producción del resultado por un comportamiento imprudente o ne-

<sup>35</sup> "... La imputación objetiva aparece... como una noción supracausal, es decir, teleológica. En ella no se cuestiona la relación *causa-efecto*, sino la conexión *medio-fin* entre acción humana y sus consecuencias. La relación entre la causa y el efecto pertenece a una región óptica diversa de aquella en que asienta la relación entre los medios y los fines. En la primera, el pensamiento retrocede desde el resultado a la búsqueda de la causa, como visión retrospectiva de los fenómenos, mientras que en la segunda nos hallamos ante una comprensión distinta de la realidad, ponderando si la acción puede objetivamente emprenderse como medio para la transformación de esa realidad. El comportamiento deja de ser visto como *suceso* para ser entendido como *proyecto*. El modo retrospectivo propio del conocimiento causal es así sustituido por una consideración prospectiva del comportamiento..."; TORIO LÓPEZ, Angel, *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, ob. cit., pág. 37.

gligente. En esta situación se presenta una *conurrencia de riesgos* y responderán por homicidio el médico y quien inicialmente desencadenó el peligro.

3. *La desaprobación del peligro.* En los delitos culposos no basta con que la acción represente un alto peligro para los bienes jurídicos. Es indispensable —como afirma Torio López— que entre en contradicción con una *norma jurídica concreta*. Por esta razón, no le es imputable al sujeto un resultado, cuando el mismo se ha producido dentro del *riesgo permitido*, o cuando la acción *disminuye el riesgo para el bien jurídico* o no se encuentra dentro del *fin de protección de la norma*.

#### E. Criterios de imputación aplicables a la actividad médica

A continuación expondremos cuáles son los principales criterios de imputación aplicables a la actividad médica.

##### 1. *La disminución del riesgo*

El Derecho Penal "... no prohíbe acciones que mejoren la situación del bien jurídico..."<sup>36</sup>. Si el fin de la norma en los delitos de homicidio y lesiones personales es evitar todas aquellas conductas socialmente no toleradas, que lesionen o pongan en peligro la vida o la integridad corporal, no pueden ser imputados objetivamente aquellos resultados que formalmente impliquen una "lesión", si constituyen *disminución del riesgo* para el bien jurídico, considerado integralmente.

Verbigracia, que para evitar la muerte de una paciente aquejada de cáncer en el útero, se le ocasione una pérdida funcional de los órganos de la reproducción, como consecuencia de la radioterapia.

Nos parece que este criterio elaborado por la teoría de la imputación objetiva adquiere importancia en el tratamiento médico-quirúrgico, por dos razones fundamentales.

*Podemos desatar problemas que no admiten fácil solución con base en las causales de justificación* (legales y supraleales) que siempre han servido para amparar la actividad médica, como el estado de necesidad (Art. 29-5 Código Penal), el ejercicio de una actividad lícita (Art. 29-3 Código Penal) y el consentimiento del derecho habiente.

Con base en la disminución del riesgo también podemos solucionar problemas importantes, como el derecho que tiene el médico a ocasionar daños para evitar *riesgos futuros* de mayor gravedad.

1) *Diferencias entre la disminución del riesgo y el estado de necesidad justificante.* Si analizamos superficialmente este criterio de imputación, fácilmente podríamos concluir que se trata de una construcción dogmática innecesaria, porque muchos de los casos tratados podrían resolverse a través del estado de necesidad justificante. No obstante, tenemos que señalar, que su mérito está precisamente en solucionar aquellas hipótesis que no encuadran dentro de los requisitos legales de esta causal de justificación. Y no sólo eso: prescindir en

<sup>36</sup> BACICALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 1984, pág. 99.

general de las normas permisivas (causales de justificación) que no ofrecen criterios correctos para fijar el alcance de la actividad curativa.

Las *principales* diferencias que encontramos entre estas dos categorías son las siguientes:

a) Para aplicar el criterio de la disminución del riesgo, no es indispensable como acontece en el estado de necesidad, demostrar una *colisión de bienes jurídicos*. No puede imputarse el resultado cuando la conducta cocausante "... tiene el sentido de evitar otro riesgo en un mismo bien jurídico..."<sup>37</sup>. Evitar por ejemplo un grave daño para la integridad física del paciente, amputándole un miembro. Se dice incluso que no puede imputarse el resultado cuando para salvar la vida del sujeto *se le ocasiona al mismo* (no a otra persona porque ante la colisión de bienes estaríamos en las fronteras del estado de necesidad) un daño corporal, porque puede entenderse "... la lesión a la salud o integridad física no como un *aliud*, sino como un *minus* respecto a la muerte de la misma persona..."<sup>38</sup>.

b) Uno de los requisitos fundamentales del estado de necesidad justificante es la *existencia de un peligro actual o inminente no evitable de otra manera*. Esto significa que, con base en esta causal de justificación, no puede exonerarse de responsabilidad al médico que ocasiona una "lesión" para evitar daños futuros en el paciente. Piénsese, por ejemplo, en un cirujano que opera una úlcera gástrica y durante el desarrollo de la intervención encuentra cálculos en la vesícula y procede a extraerla. Como no existe un peligro actual o inminente para la vida en ese momento, porque el éxito de la operación *no* depende del tratamiento de la vesícula, es obvio que no podría invocarse el estado de necesidad.

La disminución del riesgo y el estado de necesidad, no obstante lo anterior, tienen un elemento común: *la existencia de una situación de peligro* (lejano en el uno, inminente en el otro), *que sólo puede conjurarse mediante una lesión al bien jurídico, para evitar un daño mayor*.

2) *La disminución de riesgos futuros*. ¿Puede el médico, sin consentimiento del paciente, ocasionarle una lesión para evitarle graves riesgos futuros? El problema ha sido tratado por Giuliano Vasalli, quien estudia detenidamente un caso juzgado por la jurisprudencia italiana, en el cual se debatió la responsabilidad penal de un médico que esterilizó a una mujer (ligamento de las trompas de falopio) durante el curso de una cesárea (era la tercera) *para evitar un futuro embarazo que pondría necesariamente en peligro su vida*<sup>39, 40</sup>.

<sup>37</sup> MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, Parte General, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1985, pág. 190.

<sup>38</sup> MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, Parte General, *ob. cit.*, pág. 190.

<sup>39</sup> Cfr. GIULIANO VASALLI, *Algunas consideraciones sobre el consentimiento del paciente y el estado de necesidad en el tratamiento médico-quirúrgico*. Publicado en la Revista Nuevo Pensamiento Penal, Editorial Astrea, enero-marzo de 1973, págs. 37 y ss., traducción del italiano por Roberto Bergalli.

<sup>40</sup> Recientemente en la ciudad de Ibagué (Colombia) ocurrió un caso que, de no haber sido por la muerte imprevista de la persona podría encuadrarse dentro de este grupo, en los cuales se extiende la operación a situaciones no previstas, para evitar riesgos futuros: a una paciente con un linfoma, se le practica una laparotomía exploratoria para clasificar el grado del tumor. El cirujano le practica una apendicectomía (apéndice sana) *para prevenir* complicaciones por la radiación posterior a

La madre, al parecer para extorsionar al médico, lo denuncia penalmente nueve meses después. El Tribunal de Florencia lo absolvió al considerar que se trataba de un delito imposible, porque no existía lesión al bien jurídico si la capacidad para procrear era inexistente en la mujer. Por su parte, la Corte de Apelaciones Florentina lo condenó, porque *al momento de la esterilización era capaz de procrear*, así existiera riesgo para su vida. Se le condenó por lesiones personales y además por un tipo especial de la legislación italiana que prohíbe la esterilización: impotencia provocada para la procreación (Art. 552 del Cód. Penal Italiano) <sup>41, 42</sup>.

El profesor Giuliano Vasalli se pregunta:

“...¿Cómo se puede pretender que el cirujano, una vez descubierta una determinada situación en el curso del acto operatorio y comprobada en consecuencia la exigencia de una intervención ulterior no prevista en el momento en el cual dialogó con el paciente, renuncie a cumplir esa intervención, a menudo en las condiciones más favorables, cierre el corte operatorio y dialogue con el paciente antes de reabrirlo...?” <sup>43</sup>.

Es la posición correcta. La actuación del facultativo *no* puede quedar reducida a la actividad inicialmente prevista o a la que se origine en peligros inminentes para la vida o la integridad personal. *La necesidad médica* de una intervención juega un papel mucho más amplio. Hay que prevenir *inmediatamente* los riesgos futuros cuando la ocasión presenta condiciones más favorables para el paciente. V. gr. porque ya se conoce su reacción frente a la anestesia,

---

que será sometida. A las cuarenta y ocho horas presenta sepsis abdominal (infección) y fallece. La paciente está inmunodeprimida por el tumor y es posiblemente la causa de la sepsis. Como se produjo la muerte, el criterio de imputación de la disminución del riesgo no es aplicable. Nos parece que si la conducta del médico trataba de evitar riesgos futuros y por eso extendió la operación a una situación que inicialmente no estaba planeada, su conducta puede catalogarse dentro del riesgo permitido, si *valorada la situación del paciente ex-ante*, la apendicectomía no representaba ningún peligro para su vida. De lo contrario, podría tratarse de una conducta imprudente.

<sup>41</sup> Esta disposición fue derogada por el Art. 22 L. 22, mayo de 1978, n. 194, sobre la tutela de la maternidad y sobre la interrupción voluntaria de la gravidez.

<sup>42</sup> Los peritos, nombrados durante la instrucción, respondieron de la siguiente manera:

“... a) La esterilización, practicada después del parto cesáreo, no era necesaria para salvar a la mujer o al niño de un peligro inminente de un daño grave sobre la persona, peligro que en aquel momento no existía;

“... b) Por el contrario, existía un peligro de daño grave, representado por la rotura del útero, en relación a una gravidez posterior;

“... c) Era de entenderse ‘casi imposible’ (en el debate los peritos especificaron: ‘imposible’) que la mujer pudiera llevar a término en el futuro una nueva gravidez dando a luz un niño vivo y vital, en cuanto casi ciertamente (en el debate se dijo: ‘ciertamente’) en el curso de la gravidez se habría producido la rotura del útero con el peligro de muerte para la madre y muerte segura para el feto o, al menos, la amenaza de rotura del útero que habría impuesto el aborto terapéutico;

“... d) La necesidad de practicar la esterilización se había revelado sólo en el curso de la intervención operatoria por corte cesáreo, pero habiéndose alejado un peligro futuro —ya no urgente ni impelente—, se pudo aguardar para interpelar a la paciente...”, Giuliano VASALLI, *Algunas consideraciones*, *ob. cit.*, pág. 40.

<sup>43</sup> Giuliano VASALLI, *Algunas consideraciones*, *ob. cit.*, pág. 55.

o se puede apreciar que la evolución del enfermo, en términos generales, va a ser satisfactoria. ¿Para qué exponerlo en una futura operación a los riesgos quirúrgicos (anestesia, instrumentos séptimos, etc.) cuando se presentan en ese momento condiciones óptimas para intervenir?<sup>44</sup>

El criterio de la necesidad médica, que ha quedado expuesto, es aplicable en el ordenamiento jurídico colombiano a través de la disminución del riesgo, por las siguientes razones:

a) El Código de Ética Médica (Ley 23 de 1981)<sup>45</sup> en su declaración de principios proclama que "... la medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y *propender por la prevención de la enfermedades...*". Sancionar penalmente al médico que causa una lesión para evitar un daño futuro en el paciente, es tanto como entonar el réquiem para la medicina preventiva.

b) El parágrafo del Artículo 10º de la Ley 23 de 1981 prohíbe la sujeción del paciente "... a tratamientos médicos o quirúrgicos que no se justifiquen...". Concepto que ha sido desarrollado por el Decreto reglamentario 3380/81, que en su Art. 7º dispone: "Se entiende por exámenes innecesarios o tratamientos injustificados: a) Los prescritos sin un previo examen general (...). b) Los que no corresponden a la situación clínico-patológica del paciente...".

De estos preceptos se desprende que la ética médica no considera tratamiento injustificado o innecesario el que trata de evitar riesgos futuros para el paciente, porque el hecho de que no sean inminentes, no implica que no correspondan a su situación clínico-patológica.

## 2. La conducta alternativa conforme a derecho

En este grupo de casos el autor ha infringido con su conducta un deber de cuidado, v.gr., quebrantando el reglamento de circulación o los principios que rigen la *lex-artis*. Además, desde el punto de vista causal (teoría de la equivalencia de las condiciones), ha ocasionado la lesión al bien jurídico. No obstante, a pesar de ello, se demuestra que ese mismo resultado, *probablemente o con absoluta seguridad, también se hubiera producido si el sujeto actúa reglamentariamente*. ¿Puede en estas hipótesis imputársele el resultado? La doctrina

<sup>44</sup> La *necesidad médica* tiene que ser valorada *ex-ante*, es decir, que los riesgos tienen que apreciarse desde la óptica de un *espectador objetivo*, que observa el hecho cuando actúa el cirujano y con base en los datos que en ese momento pudiera tener acerca de la situación. De otra parte, para que la intervención pueda extenderse a hechos que no eran *concretamente* previsibles, es indispensable que el médico tenga la capacidad científica y los medios técnicos necesarios para emprender esa actividad. De lo contrario, existiría culpa por asunción del riesgo. Por ejemplo, el ginecólogo que programa una laparatomía ginecológica, y durante el acto quirúrgico comprueba que el proceso inflamatorio corresponde a un amebona perforado y decide practicarle resección de colon. Intervención que sólo podía hacer un especialista. Al quinto día del postoperatorio la paciente presenta fistula y peritonitis. Fallece pocos días después.

<sup>45</sup> Los Artículos 28, 37, 57, 59, 60, 80 a 94 de la Ley 23 de 1981, que contiene el Código de Ética Médica, fueron declarados *exequibles* por la Corte Suprema de Justicia. Parte del Art. 32 fue declarado *inexequible*. Decisión de Sala Plena, marzo 31 de 1982. M. P. Luis Carlos SÁCHICA Aponte. Con salvamento de voto de los siguientes magistrados: Alfonso Reyes Echandía, Gustavo Gómez Velázquez, Juan Hernández Sáenz y Alvaro Luna Gómez.

tradicional del delito culposo condenaría, pues existe relación de causalidad entre la conducta del agente y el resultado, se ha infringido un deber de cuidado y los hechos son objetivamente previsibles. Con base en las modernas tendencias del derecho penal se impone la absolución en *algunas* de estas situaciones.

*Claus Roxin* nos ilustra magistralmente con cuatro casos juzgados por la jurisprudencia alemana, en los cuales se debate acerca de la responsabilidad penal, cuando el resultado *quizás* se hubiera producido también con una conducta conforme a derecho <sup>46</sup>:

a) *El caso del ciclista*. Juzgado por el Tribunal Supremo Federal en el año de 1957. Al hacer una maniobra de adelantamiento, el conductor no guarda la distancia exigida por el Código de Tránsito y Transporte, y un ciclista que se encontraba embriagado, debido a una reacción de cortocircuito producida por el alcohol, cayó bajo las llantas traseras y murió como consecuencia del accidente. Se demostró en el proceso que con suma probabilidad se habría producido el mismo desenlace aunque el conductor del camión hubiere guardado la distancia reglamentaria.

b) *El caso del farmacéuta*. Juzgado en 1887. La receta del médico sólo autorizaba a que se suministrara por una sola vez una droga compuesta de fósforo a un niño enfermo. No obstante, y ante la insistencia de la madre, el farmacéuta la suministra varias veces sin consultar al médico, y el niño muere de envenenamiento por fósforo. Se demostró en el proceso que si se le hubiera consultado al facultativo, también habría autorizado el suministro posterior de la droga.

c) *El caso del pelo de cabra*. Juzgado por el Tribunal Supremo del Reich en el año de 1929. "... El acusado había 'comprado a una firma comercial china pelo de cabra para su fábrica de pinceles y, pese a que la firma comercial le había comunicado que tenía que desinfectarlo, había hecho que sus trabajadores lo transformaran en pinceles sin previa desinfección'. Cuatro trabajadores resultaron contagiados por bacilos de carbunco y murieron. Según las declaraciones del perito, posiblemente también habrían muerto aunque se hubiera realizado la desinfección, porque los desinfectantes permitidos no habrían ofrecido suficiente garantía de que tales pelos estuvieran realmente libres de gérmenes..." <sup>47</sup>.

d) *El caso de la novocaína*. Juzgado en 1926. El médico incurrió en un error técnico, al haber empleado para anestesiarse una inyección de cocaína, cuando lo adecuado era el empleo de la novocaína. El paciente murió a consecuencia de habersele aplicado cocaína, pero se demostró que, dada su constitución física, con mucha probabilidad también hubiera muerto si se le aplica novocaína.

Para resolver esta problemática la doctrina ha expuesto *fundamentalmente* dos posiciones:

<sup>46</sup> Cfr. CLAUS ROXIN, *Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes*. Publicado en Problemas Básicos del Derecho Penal, Biblioteca Jurídica de autores españoles y extranjeros, Edit. Reus, Madrid, 1976, págs. 149 y ss. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña.

<sup>47</sup> CLAUS ROXIN, *Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes*, ob. cit., págs. 149-150.

1. *La teoría del nexo* que trabaja con *cursos causales hipotéticos*: ¿Qué habría ocurrido si el sujeto actúa reglamentariamente o conforme a la *lex-artis*? Si existe la *probabilidad* de que se produzca el mismo resultado, hay que absolver porque no se encuentra en *íntima relación* con la infracción del deber.

2. *La teoría de la elevación del riesgo*, expuesta por Claus Roxin, que desecha los cursos causales hipotéticos y trabaja con el hecho realmente ocurrido. Si la infracción al deber incrementa el riesgo permitido, hay que condenar aunque sea posible que de todas maneras se produzca el resultado guardando una conducta reglamentaria. Dice el profesor alemán:

“... Cuando el legislador permite que, al igual que en otras muchas manifestaciones del tráfico moderno, en la actividad de establecimientos peligrosos y en otros casos de utilidad social preponderante se corra un riesgo hasta un cierto límite, sólo podrá haber imputación si la conducta del autor significa un aumento del riesgo permitido. Pero si sucede esto, *tiene que imputarse* el resultado al agente, y ello incluso en el caso de que fuera posible que, aun con una conducta intachable, se hubiera producido el resultado...”<sup>48</sup>.

1. *Críticas a la teoría del nexo*. A pesar de ser la teoría dominante en la doctrina, recibe innumerables críticas por las siguientes razones:

a) Su aceptación conduciría a la absolución en casi todos los delitos culposos. Si la estrecha relación entre la inobservancia del deber de cuidado y el resultado es un *elemento fundamentador* de la responsabilidad, es claro que tiene que ser probado dentro del proceso<sup>49</sup>. Por ende, hay que demostrar, en todo caso, *que la actuación conforme a la lex artis podía evitar el resultado*. Por consiguiente, cualquier duda (v.gr., cuando el perito afirme que *probablemente* la actuación correcta lo hubiera evitado) tendría que resolverse en favor del procesado y absolver (*in dubio pro libertate*).

Con razón afirma Enrique Gimbernat, que “... entre las muchas objeciones que se pueden oponer a la doctrina que mantiene que hay que absolver cuando el comportamiento correcto habría conducido al mismo resultado al que conujo el comportamiento imprudente, una de las de más peso es la que llama la atención sobre el hecho de que la mayoría de las veces sólo se puede conjeturar cuál habría sido el proceso causal que hubiera desatado la acción prudente y que, por consiguiente, habría, o bien que absolver en casi todos los casos de delitos culposos, o bien que lesionar el principio *in dubio pro reo* a fin de reducir a un mínimo el número enorme de absoluciones...”<sup>50</sup>.

b) Desde el punto de vista de la política criminal también recibe objeciones la teoría del nexo, porque, de aceptarse, sería *institucionalizar el comportamiento descuidado*. Por ejemplo en la actividad médica, el facultativo podría actuar negligentemente, porque siempre contaría con la *franja de incer-*

<sup>48</sup> CLAUS ROXIN, *Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal*. Publicado en Problemas Básicos del Derecho Penal, *ob. cit.*, págs. 133-134.

<sup>49</sup> Cfr. CLAUS ROXIN, *Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes*, *ob. cit.*, págs. 159-160.

<sup>50</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Infracción del deber de diligencia y fin de la norma en los delitos culposos*. Publicado en Revista de Derecho de la Circulación, Año II, Nos. 11-12, noviembre-diciembre, 1965, Madrid, pág. 673.

*tidumbre* que va ínsita en esta actividad riesgosa. Nunca se sabe si el tratamiento indicado por la *lex-artis* va a tener efectividad sobre el enfermo.

Acertada resulta la siguiente crítica de Claus Roxin: "... piénsese en el caso, tan importante en la práctica, de que durante una operación un médico provoque la muerte del paciente a causa de un craso error profesional. ¿Es que acaso se le podrá exonerar de toda responsabilidad alegando que es posible que de todos modos, dada la dificultad del caso, también hubiera causado la muerte una operación realizada conforme a la *lex-artis*? No creo que se pueda sostener tal hipótesis, porque, según eso, como la mayoría de las operaciones no carecen de riesgo, se podría prescindir tranquilamente de todas las medidas de precaución; casi nunca se podría rebatir la objeción de que del otro modo también podrían haber ido mal las cosas..."<sup>51</sup>.

2. *La elevación del riesgo*. La tesis de que el incremento del riesgo es un elemento general de lo injusto, se abre paso en el derecho penal contemporáneo<sup>52</sup>. Nos parece un criterio de imputación acertado, porque los cursos causales hipotéticos no pueden ser objeto de prueba en el derecho penal: ¿Cómo vamos a probar un hecho que realmente no ha acontecido?<sup>53</sup>.

Para la teoría del nexo, como quedó visto, la sola posibilidad (quizás) de que también se produzca el resultado con una conducta conforme al deber por parte del autor, excluye la responsabilidad penal. Para la teoría de la elevación del riesgo no, porque en ella no se trabaja con un hecho que no ha ocurrido (producción del resultado aun observando el deber objetivo de cuidado). Este criterio trabaja con base en lo que efectivamente ha acontecido. No se pregunta qué hubiera pasado en los ejemplos citados, si el conductor guarda la distancia en la maniobra de adelantamiento, o si consulta al médico

<sup>51</sup> CLAUS ROXIN, *Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes*, *ob. cit.*, pág. 159.

<sup>52</sup> Cfr. GUNTER STRATEWERTH, *Derecho Penal. Parte General*, I. El Hecho Punible, Editorial Edersa, Madrid, 1982, págs. 118 a 123, traducción de Gladys Romero. HENS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Volumen Segundo, Editorial Bosch, Barcelona, 1981, pág. 805, traducción de Francisco Muñoz Conde y Santiago Mir Puig. BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, *ob. cit.*, pág. 100 y 216-217. GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Teoría Jurídica del Delito*, Derecho Penal, Parte General, Editorial Civitas, Madrid, 1984, págs. 188-190. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del Delito*, Editorial Temis, Bogotá, 1984, págs. 74-75. *En contra de la tesis de la elevación del riesgo* se pronuncian los siguientes autores: CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, I, Ediciones Tecnos, 3ª edición, Madrid, 1985, págs. 397-399. En alguna medida, MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, Parte General, *ob. cit.*, págs. 238 a 241. En cuanto a la ubicación sistemática, difiere de Roxin, Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, T. III, Ediciones Ediar, Buenos Aires, 1981, pág. 405. Recientemente, ENRIQUE CURY URZÚA aceptó la aplicación de la teoría de la elevación del riesgo en el campo médico-quirúrgico. *Algunos aspectos de la responsabilidad penal del médico por los resultados causados con ocasión de un tratamiento o de una intervención quirúrgica, contemplados desde el punto de vista de la teoría de la imputación objetiva del hecho*. Ponencia presentada a las IX Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Medicina, Genética y Delito, Bogotá, agosto de 1987, págs. 8 y ss.

<sup>53</sup> Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Acerca del Dolo Eventual*. Publicado en *Estudios de Derecho Penal*, Segunda Edición, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1981, pág. 185.

sobre el suministro de la droga, o si desinfecta los pinceles o aplica la novocaína. Se pregunta simplemente, "... *si una conducta conforme al deber habría disminuido de modo mensurable el peligro de producción del resultado...*"<sup>54</sup>.

Para establecer cuándo una conducta *incrementa el riesgo* de producción del resultado, Claus Roxin propone la siguiente fórmula:

"... Examine qué conducta no se le hubiera podido imputar al autor según los principios del riesgo permitido como infracción del deber; compárese con ella la forma de actuar del procesado, y compruébese entonces si en la configuración de los hechos a enjuiciar la conducta incorrecta del autor ha incrementado la probabilidad de producción del resultado en comparación con el riesgo permitido. Si es así, habrá una lesión del deber que enojará en el tipo y habrá que castigar por delito imprudente. Si no hay aumento del riesgo no se le puede cargar el resultado al agente, que, en consecuencia debe ser absuelto..."<sup>55</sup>.

Aplicando la anterior fórmula, tendríamos que hacer una comparación entre los efectos que produce la cocaína y la novocaína en este tipo de pacientes. Si se llega a la conclusión que con la aplicación de la cocaína mueren ochenta de cada cien, mientras que con la novocaína mueren setenta de cada cien, es indiscutible que la infracción al deber (aplicación del medicamento incorrecto) ha elevado en un diez por ciento el riesgo de muerte. Tendría que condenarse, así el tratamiento indicado por la *lex-artis* conduzca en un setenta por ciento a la producción del resultado<sup>56, 57</sup>.

### 3. *El fin de protección de la norma*

Este criterio de imputación, aplicado al campo de los delitos culposos, parte del siguiente principio expresado por Enrique Gimbernat:

<sup>54</sup> CLAUS ROXIN, *Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes*, *ob. cit.*, páf. 169.

<sup>55</sup> CLAUS ROXIN, *Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes*, *ob. cit.*, págs. 167-168.

<sup>56</sup> Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Infracción del deber de diligencia y fin de la norma en los delitos culposos*, *ob. cit.*, páf. 674.

<sup>57</sup> CEREZO MIR critica la teoría de la elevación del riesgo en los siguientes términos: "... Roxin considera que el resultado debe serle imputado al sujeto siempre que por su acción, que no responda al cuidado objetivamente debido, haya dado lugar a un aumento del riesgo de la producción del resultado. No me parece convincente, sin embargo, este criterio. Desde una contemplación *ex-ante*, toda acción que no responde al cuidado objetivamente debido supone un aumento del riesgo (respecto a la misma acción realizada con arreglo al deber objetivo de cuidado). La consideración en el juicio de peligro de circunstancias cognoscibles sólo *ex-post* —como propuso más tarde Roxin— es incompatible con la esencia del juicio de peligro. Este carece de sentido si se realiza *ex-post*...". *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, I, *ob. cit.*, págs. 397-398. En el mismo sentido se pronuncia Carlos María ROMEO-CASABONA: "... Pero, a mi juicio, no es un procedimiento practicable, puesto que si partimos de que la conducta es imprudente, habrá superado los límites del riesgo permitido (que se halla dentro del cuidado debido) y necesariamente se habrá aumentado el riesgo en todos los casos (aparte de que sigue comparando lo hipotético con lo real...". *La actividad curativa*. Licitud y responsabilidad penal, Editorial Bosch S.A., Barcelona, 1981, págs. 227-228.

"... Los deberes de diligencia, cuya infracción es lo que hace que una acción sea imprudente, persiguen impedir determinados resultados. Si el resultado producido por el comportamiento negligente no es uno de los que se querían evitar con el establecimiento del deber, el autor estará exento de responsabilidad. Cual sea ese fin de la norma es algo que se puede determinar perfectamente utilizando los métodos corrientes de la interpretación jurídico-penal..."<sup>58</sup>.

Verbigracia, no le es imputable al médico, que asiste embriagado a una sala de cirugía, la muerte del paciente que se produce por la infección ocasionada al utilizar un instrumento sobre el cual el hospital no desplegó la asepsia correspondiente. Estar sobrio es un deber de cuidado destinado a evitar que se disminuyan las condiciones del facultativo; no para evitar la utilización de material séptico.

El fin de protección de la norma nos permite solucionar "... los casos en que se produce un segundo daño...". Es decir, que un primer daño facilite la lesión de un bien jurídico de una tercera persona. Claus Roxin ubica dentro de esta constelación los daños causados por un shock que sufre un tercero al enterarse de la muerte o de las lesiones de una persona allegada. ¿Podrá imputarse este segundo resultado a la persona que ha ocasionado el primero? Contesta negativamente, afirmando que "... la prohibición penal del homicidio o las lesiones no pretende preservar a personas distintas del afectado..."<sup>59</sup>.

Este criterio de imputación nos servirá para resolver la siguiente problemática en el campo médico: ¿responde penalmente el facultativo por los daños ocasionados a un tercero como consecuencia de un diagnóstico manifiestamente equivocado o de la omisión de cuidados que le eran exigibles? Pensemos, por ejemplo, en la responsabilidad del hematólogo, al autorizar una transfusión de sangre a un paciente sin comprobar previamente la carencia de enfermedades transmisibles, y debido a ello no solamente se contagia al enfermo sino a un tercero.

Enrico Altavilla narra el caso del médico que fue declarado responsable en Italia porque "... no quiso reconocer la enfermedad mental de un hombre, autor de muchísimos actos extraños, e impidió que lo asilaran en un manicomio, de modo que aquél pudo, impulsado por su locura, agredir y dar muerte..."<sup>60</sup>.

Si entendemos por tercero a una persona distinta del paciente, podemos afirmar, en principio, que los deberes de diligencia del médico están instituidos para evitar daños al enfermo; no a personas distintas. Verbigracia, responderá penalmente el médico en los casos en que se agrave la salud del paciente como consecuencia de no haber detectado a tiempo una enfermedad. El SIDA, por ejemplo. No responderá de las enfermedades que transmita a terceros por no tener conocimiento de su mal.

<sup>58</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Infracción del deber de diligencia y fin de la norma en los delitos culposos*, ob. cit., pág. 682.

<sup>59</sup> CLAUS ROXIN, *Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes*, Publicado en Problemas Básicos del Derecho Penal, ob. cit., pág. 196.

<sup>60</sup> ENRICO ALTAVILLA, *La Culpa*. El delito culposo, sus repercusiones civiles, su análisis psicológico, Editorial Temis, Bogotá, 1956, pág. 540. Traducción de José J. Ortega Torres.

No obstante, este principio general sufre excepciones, cuando la ley expresamente convierte al médico en garante de bienes jurídicos de personas distintas al enfermo. Un ejemplo lo encontramos en el Art. 38, literal c) de la Ley 23 de 1981. En esta norma se impone al facultativo el deber de diligencia de revelar el secreto profesional a los interesados, "... cuando por defectos físicos irremediables o enfermedades graves infectocontagiosas o hereditarias, se ponga en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia ...".

#### 4. La aceleración culposa de la causalidad

Cuando el bien jurídico de la vida o la integridad personal está irremediablemente perdido, *acelerar o adelantar el resultado como consecuencia de la infracción a un deber de cuidado por parte del médico* implica la imputación de ese resultado. Pensemos, por ejemplo, en un paciente con cáncer gástrico, estado IV, es decir, con una invasión muy amplia, a quien solamente le quedan dos o tres meses máximo de vida. El cirujano, con el fin de que pueda ingerir alimentos fácilmente durante los últimos días que le quedan, lo interviene quirúrgicamente para realizar una gastro-entero anastomosis. Sin embargo, por descuido inexcusable, le deja una compresa o cualquier instrumento quirúrgico en el estómago, ocasionando una infección que le produce la muerte inmediata. La doctrina ha considerado que si el bien jurídico es el patrimonio económico, no le es imputable al sujeto acelerar o adelantar un resultado, cuando el bien jurídico está irremediablemente perdido. Verbigracia, ocasionar un daño en una casa que está siendo consumida por el fuego, o darle muerte a un animal que momentos antes ha ingerido una dosis mortal de veneno<sup>61</sup>.

"En cambio, se considera que "... la vida tiene valor en sí misma y es inaccesible a todo tipo de cuantificación ...". Este es el concepto que acoge el Código de Ética Médica. En efecto, en los Arts. 13 y 17 establece respectivamente lo siguiente: "... El médico usará los métodos y medicamentos a su disposición o alcance, mientras subsista la esperanza de aliviar o curar la enfermedad ..." (...) "... La cronicidad o incurabilidad de la enfermedad no constituye motivo para que el médico prive de asistencia a un paciente ...".

En otros términos, *la pérdida irremediable del bien jurídico no lo autoriza para obrar imprudente o negligentemente*. Si como consecuencia de la violación al deber de cuidado se adelanta un resultado que ya era inexorable, responde penalmente por homicidio culposo. *En estos casos consideramos que, por analogía in bonam partem, pues se trata de situaciones similares (intervención con la finalidad de evitarle sufrimiento al paciente y muerte inminente), la pena a imponer no puede ser superior a la del homicidio por piedad* (Art. 328 C. Penal).

<sup>61</sup> Cfr. BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal, ob. cit.*, pág. 101. CLAUS ROXIN, *Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes, ob. cit.*, págs. 161 a 166.

## CAPÍTULO II

## EL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO

1. *Introducción*

El Derecho Penal tiene como misión fundamental la *protección de bienes jurídicos*. Por esta razón existe una prohibición general de desplegar conductas que puedan lesionar o poner en peligro intereses legítimamente tutelados. La vida de relación impone a los ciudadanos un *deber general de cuidado*, con el fin de evitar que ciertas conductas quebranten derechos ajenos.

La doctrina tradicional estructuró el delito culposo sobre dos supuestos fundamentales: a) la causación de un resultado típico, y b) la previsibilidad del mismo. A partir de los trabajos dogmáticos realizados en Alemania por Exner y Engisch, se demostró que el injusto de los delitos culposos estaba determinado principalmente por la *infracción a un deber objetivo de cuidado*. A partir de este planteamiento, la doctrina mayoritaria ha venido ubicando el deber de cuidado en el plano de lo ilícito (en el tipo de injusto o como causal de justificación) y *no* en la culpabilidad<sup>62</sup>.

Es objetivamente previsible que durante una arriesgada operación quirúrgica pierda la vida el paciente. Con base en la doctrina tradicional, el resultado negativo podría serle imputado al médico, porque desde el punto de vista de la equivalencia de las condiciones lo ha ocasionado, y además era concretamente previsible el desenlace fatal. En cambio, si se entiende que el deber objetivo de cuidado forma parte del tipo de injusto del delito culposo, no le podría ser atribuido si el médico operó conforme a la *lex-artis*. Si el resultado se produce dentro del riesgo permitido, estamos ante un caso fortuito y no ante un injusto penal. La conducta no sería típica.

Hans Welzel, siguiendo los trabajos de Exner y Engisch, explica por qué razón el deber de cuidado debe desplazarse del plano de la culpabilidad al plano de lo ilícito (tipo de injusto)<sup>63</sup>. Para el finalismo, la esencia del delito culposo no es la producción del resultado, como lo entendió el causalismo, sino la *forma de ejecución de la acción final*: "... lo que importa es si los autores, al realizar las acciones que han elegido y que llevan a cabo para conseguir sus fines, han observado o no el cuidado necesario en el tráfico..."<sup>64</sup>. Welzel

<sup>62</sup> Cfr. TORIO LÓPEZ, Angel, *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*. Publicado en el Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1974, Separata, págs. 25 y ss.

<sup>63</sup> "... Engisch, Exner y Weber tuvieron grandes escollos para dar una nueva estructura al delito culposo, pues trabajaron dentro de los marcos de un sistema para el cual el resultado era el integrante decisivo del injusto. Welzel pone su atención sobre la acción, da un nuevo concepto de la acción, y con ello abre el camino para un nuevo sistema. Sin embargo, emergen algunas dificultades. ¿Puede aplicarse el mismo concepto de acción tanto a los delitos dolosos como a los culposos? ¿Se puede trazar en los delitos culposos las fronteras entre el ámbito del injusto y de la culpabilidad? A contestar estos interrogantes se dirigen todos los esfuerzos de la teoría finalista de la acción...". BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Culpa y finalidad* (Los delitos culposos y la teoría final de la acción), Editorial Jurídica de Chile, 1967, págs. 34-35.

<sup>64</sup> HANZ WELZEL, *La doctrina de la acción finalista, hoy*. Conferencia pronunciada el día 22 de abril de 1968 en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Ma-

coloca el siguiente ejemplo para demostrar que una conducta que se ajusta plenamente a los mandatos y prohibiciones del Derecho de la Circulación (normas del tráfico) no puede ser considerada antijurídica por el simple hecho de lesionar un bien jurídico, y que la forma de realización de la acción (desvalor de acción) juega un papel decisivo en la determinación de lo injusto: "... los coches A y B chocan en una curva sin visibilidad, quedando lesionados los dos conductores A y B. La acción de cada uno de ellos ha causado la lesión del otro. Sin embargo, con esto no se ha determinado aún la antijuridicidad de su conducta. Pues el que haya actuado uno u otro antijurídicamente depende de cómo fueran sus acciones: para A se trataba de una curva a la derecha; al entrar en la curva se había mantenido en la parte derecha de la carretera; para B se trataba de una curva a la izquierda, que cortó entrando en la banda de A. La acción de A era —a pesar de la lesión de B— correcta, cuidadosa, conforme a derecho; la de B, al contrario, incorrecta, imprudente, antijurídica. No hay duda de que es la consideración de la forma de ejecución de la acción y no la mera comprobación de la producción del resultado la que proporciona el fundamento objetivo para el juicio de la antijuridicidad..."<sup>65</sup>.

Con los anteriores planteamientos, Welzel refuta las críticas iniciales que se le hicieron al finalismo, pues se afirmó que no podía explicar coherentemente la estructura de los delitos culposos. En efecto, se expresaba, que si en el delito culposo *el fin era irrelevante*, no podía elaborarse un concepto unitario de conducta (la acción final) que sirviera de base a todo el sistema de derecho penal. En la culpa, la acción debía entenderse desde un punto de vista causal, ante la irrelevancia de la finalidad<sup>66</sup>.

Al abandonar Welzel su tesis de la *finalidad potencial* (que resultaba contradictoria con el concepto naturalista de acción, porque envolvía criterios normativos) y centrar el injusto del delito culposo *en la forma de realización de la acción*, demostraba que la finalidad tenía relevancia tanto en el delito culposo como en el doloso. Los finalistas se han encargado de corroborar este aserto, con base en los siguientes argumentos:

a) Si un sujeto A quiere trasladarse en su coche a un determinado lugar de la ciudad (finalidad última) y atropella a un peatón por imprudencia, es indiscutible que existe una *defectuosa programación* de los medios utilizados para conseguir un resultado; forma de ejecución de la acción que es relevante para el derecho, porque se omitió el cuidado necesario en el tráfico.

b) *La finalidad buscada tiene importancia para determinar el deber de cuidado*. Por ejemplo, la clase de intervención quirúrgica a practicar (finalidad)

---

drid. Traducción directa del alemán por José Cerezo Mir, profesor —en la época— adjunto de Derecho Penal de la Universidad de Madrid. Publicada en el Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1968, pág. 228.

<sup>65</sup> HANS WELZEL, *La doctrina de la acción finalista, hoy, ob. cit.*, pág. 227. En el mismo sentido: HANS WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho Penal*. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964, págs. 70 y ss.

<sup>66</sup> Sobre la evolución del concepto de culpa en el finalismo, es fundamental la obra de Juan BUSTOS, *Culpa y Finalidad, ob. cit.*, págs. 34 y ss. Sobre la posición del resultado: GUALLART Y DE VIALA, Alfonso, *La significación del resultado en los delitos culposos, en el Derecho Penal Español*. Publicada en el libro homenaje a J. ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, págs. 261 y ss.

es determinante del deber de cuidado. Si un médico inicia una operación para corregir defectos visuales, y el paciente muere porque no se contaba con el instrumental suficiente para extender la operación a hechos que surgieron de improviso, no puede atribuírsele culpa al cirujano, porque el material quirúrgico y los colaboradores necesarios en la sala de cirugía dependen de la naturaleza de la intervención planeada.

c) Incluso se puede afirmar que el fin último también es relevante (por ejemplo ir de paseo hacia la playa), porque de lo contrario no podríamos distinguir el delito culposo del doloso. *Precisamente* porque el fin último no apunta a la realización de un resultado típico podemos *excluir* el tipo doloso.

Con el desplazamiento del deber de cuidado hacia el tipo penal, el finalismo *no* acaba con la distinción entre injusto y culpabilidad. En la tipicidad se estudiaría el deber *objetivo* de cuidado, es decir, el cuidado necesario en el tráfico jurídico, y en la culpabilidad, el deber *individual* de cuidado. El primero se determina con base en la conducta de un hombre prudente y diligente en la misma situación del autor. Lo que el *concreto autor podía hacer*, de acuerdo a sus capacidades individuales, es algo que se estudia en la culpabilidad <sup>67</sup>.

Un sujeto A (extranjero) transita por una vía de norte a sur, porque así lo indicó un policía equivocadamente. Si se produce un accidente de tránsito (debía marchar en sentido contrario) es indiscutible que el conductor ha infringido un deber objetivo de cuidado. *El cuidado necesario en el tráfico* era conducir de sur a norte, de acuerdo a las leyes de la circulación. Sin embargo *no* es culpable porque no ha infringido un deber *individual* de cuidado. Para él opera un excusable error de prohibición <sup>68</sup>.

## 2. Ubicación del deber objetivo de cuidado en el Derecho Penal Colombiano

¿Si el médico realiza una operación conforme a la *lex-artis*, y se produce un resultado negativo, incurre en una conducta típica y antijurídica? La respuesta sería afirmativa en el evento de que interpretáramos exegéticamente el Artículo 35 del Código Penal, en el cual se consagran como formas de culpabilidad el dolo, la culpa y la preterintención. Se diría, entonces, que el comportamiento del facultativo es típico y antijurídico, pero inculpable <sup>68 bis</sup>.

<sup>67</sup> Cfr. HANS WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho Penal*. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, *ob. cit.*, págs. 71 y ss. En la actualidad se observa una fuerte tendencia a ubicar el deber individual de cuidado en el tipo de injusto. Esta evolución puede verse en: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo*, Universidad de Granada, 1983. Versión mimeografiada.

<sup>68</sup> Cfr. TORO LÓPEZ, Angel, *El conocimiento de la antijuridicidad en el delito culposo*. Publicado en el Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1980, págs. 85 y ss.

<sup>68 bis</sup> Eugenio Raúl ZAFFARONI y Marta Aurora YUNGANO sostienen una interpretación alternativa de las disposiciones del Código Penal de 1980, con base en la cual puede sostenerse que el dolo y la culpa no son formas de culpabilidad, sino de tipicidad. Cfr. *Notas sobre la estructuración del concepto de delito en el Código Penal Colombiano*. Trabajo publicado en Estudios de Derecho Penal. Libro homenaje a Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, Colección Pequeño Foro, Bogotá, 1983, págs. 175 y ss.

Nos parece que en el Derecho Penal colombiano es indiscutible que no obra ilícitamente (la conducta no es antijurídica) el sujeto que produce un *resultado típico*, cuando ha observado el deber objetivo de cuidado. A esta conclusión se llega, partiendo fundamentalmente del Art. 29-3 del Código Penal, que consagra *el ejercicio de una actividad lícita*, como causal de justificación. Es decir, que las lesiones al bien jurídico, ocasionadas al desarrollar una actividad social preponderante (v.gr., la medicina la actividad deportiva, el periodismo, etc.), no quebrantan el ordenamiento jurídico y por esta razón no hay necesidad de plantearnos el problema de la culpabilidad.

Para que tenga operancia la causal de justificación, es indispensable que la lesión o puesta en peligro al bien jurídico se hubiere realizado con acatamiento de las reglas de conducta que orientan la respectiva actividad. Por ejemplo, que la muerte se produzca a pesar de que el conductor manejaba acatando las normas del tráfico, o que el médico operó conforme a la *lex-artis*. De lo contrario, no podrían considerarse como actividades lícitas.

*Partiendo de que el deber objetivo de cuidado debe estudiarse en el plano de lo ilícito* (una conducta es ilícita en la medida que pueda subsumirse en el tipo penal, y además que no esté autorizada —causales de justificación— por el ordenamiento jurídico), surge la siguiente pregunta: ¿la observancia del deber objetivo de cuidado, excluye la tipicidad o constituye más bien una justificación del hecho? En nuestro concepto, se trata de un problema de atipicidad.

Las causales de justificación son *normas permisivas* para realizar el supuesto de hecho típico. En otros términos, que existe una *autorización* del ordenamiento jurídico para obrar de esa manera. Entendida de esta forma la naturaleza de las causales de justificación (Art. 29 del Código Penal colombiano), formulémos la siguiente pregunta: Quien observa un deber de cuidado, ¿está por ello autorizado para ocasionar una lesión a la vida o a la integridad personal? Desde luego que no. Por el contrario, la observancia del deber de cuidado necesario en el tráfico jurídico se ha instituido para evitar la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.

Angel Torio López afirma, que "... la exigencia de la acción objetivamente diligente está orientada primordialmente, por lo tanto, a la indemnidad de tales bienes, sin que a pesar de ello pueda decirse que quien en la ejecución de la acción peligrosa observa las reglas generales de diligencia, *está autorizado* simultáneamente para causar una lesión de la vida, la integridad o salud, etc. Si el sujeto mata o lesiona a la víctima, el indicio de antijuridicidad originado por el resultado no puede eliminarse más que mediante una norma jurídica permisiva, *cuyo sentido específico sea, precisamente, el de autorizar a matar, lesionar, etc. . . .*"<sup>69</sup>.

Por esta razón, en el delito culposo, la observancia del deber objetivo de cuidado es un elemento de la tipicidad y no una causal de justificación. Esta es la ubicación correcta, porque además sirve para cumplir con el principio de determinación del hecho punible. La conducta prohibida debe estar descrita inequívocamente en el tipo penal (el tipo culposo es un tipo penal abierto: le corresponde al juez concretar cuál era el cuidado exigible en el tráfico jurídico).

<sup>69</sup> TORIO LÓPEZ, Angel, *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1974, Separata, pág. 41.

Principio que no se cumple, cuando acudimos únicamente a la causalidad como criterio fundamentador de la tipicidad penal, porque de acuerdo a la equivalencia de las condiciones, cualquier contribución, por más lejana o remota que fuere, puede realizar el tipo de injusto <sup>69 bis</sup>.

El ejercicio de una actividad lícita operaría como causal de justificación cuando la norma permisiva tenga como sentido específico una autorización para lesionar el bien jurídico. Por ejemplo, ciertas actividades deportivas que llevan implícita la violencia, y, por ende, los daños ocasionados podrían serle imputados al sujeto, al menos a título de *dolo eventual*. Si el boxeador observa el reglamento, el ordenamiento jurídico lo autoriza expresamente a ocasionar daños a su contrincante. En estos casos, el deber de cuidado *no* está instituido simplemente *para evitar* daños a terceros. El ejercicio de la actividad es una expresa autorización *para ocasionar* lesiones al bien jurídico.

#### A. Fuentes del deber de cuidado

Las diferentes pautas de comportamiento que han de seguir los ciudadanos en la vida de relación provienen principalmente de dos fuentes: *el ordenamiento jurídico y la experiencia decantada de la vida*. No obstante, esto no significa que todos los deberes de cuidado se encuentren codificados, porque existen múltiples situaciones atípicas en las cuales el funcionario es el encargado de establecer a través de un *juicio comparativo* si se ha infringido o no la norma de conducta exigida en el caso concreto.

1) *El ordenamiento jurídico*. Los sistemas jurídicos se han encargado de dar consagración *legal*, o, más exactamente, de recoger legislativamente (entendida la expresión en sentido amplio) ciertos deberes de cuidado que deben desplegar los sujetos durante la vida en sociedad. Las leyes de la República, los Decretos del Presidente, los actos administrativos, etc., recogen en algunas oportunidades esos deberes de cuidado que se imponen a los ciudadanos.

El Código de Tránsito y Transportes; los reglamentos de higiene y trabajo de las empresas; los reglamentos sobre caza y pesca; los reglamentos sobre carga de material peligroso, etc., son claros ejemplos de deberes de cuidado que han sido recogidos legalmente por el ordenamiento jurídico.

*La Ley 23 de 1981* (Código de Ética Médica) *consagró algunos deberes de cuidado en el campo médico-quirúrgico*. Por ejemplo, un deber de examen

<sup>69 bis</sup> En el derecho colombiano, Juan Fernández CARRASQUILLA ubica el deber objetivo de cuidado como un elemento del tipo de injusto (Cfr. *Derecho Penal fundamental*, Edit. Temis, 1ª edición, Bogotá, 1982, págs. 439 y ss). La doctrina mayoritaria, siguiendo el esquema neoclásico del delito, estudia el deber de cuidado en el plano de la culpabilidad. Posición por lo demás contradictoria, porque al exigir como presupuesto del ejercicio de una actividad lícita (como causal de justificación) que el sujeto actúe conforme a la *lex-artis*, no sabemos entonces si el cuidado exigido en el tráfico es un problema de lo ilícito o de la culpabilidad. (Cfr. REYES ECHANDÍA, Alfonso, *La anti-juridicidad*, 3ª edición, Ediciones de la Universidad Externado de Colombia, Bobotá, 1981, pág. 292. Del mismo autor; *Derecho Penal*, Parte General, 10ª Edición, Universidad Externado de Colombia, 1986, págs. 238-239; 285 y ss. PÉREZ, Luis Carlos, *Derecho Penal*, Partes General y Especial, T. I, Temis, 1985, págs. 192-193; 280 y ss. ESTRADA VÉLEZ, Federico, *Derecho Penal*, Parte General, Segunda Edición, Temis, 1986, págs. 199, 313 y ss.).

previo, consistente en que el facultativo dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud, e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente (Art. 10, inc. 1º); evitar todo comentario que despierte la preocupación del paciente (Art. 11); el empleo de medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones legalmente reconocidas (Art. 12); la utilización de métodos y medicamentos que estén al alcance del médico, así la vida esté irremediablemente perdida o no exista esperanza de curación (Arts. 14 y 17); la no exposición del paciente a riesgos injustificados (Art. 15); la información terapéutica, cuando contribuye a la solución de los problemas espirituales y materiales del paciente (Art. 18) y la interconsulta o asesoría médica, cuando la evolución de la enfermedad lo requiera (Art. 19).

La simple violación al reglamento *no* genera responsabilidad culposa. Es necesario que exista una estrecha relación (nexo de antijuridicidad) entre la infracción del deber de cuidado contenida en él, y el resultado producido. Por esta razón debemos tener en cuenta los criterios de imputación que quedaron señalados en el capítulo anterior. Verbigracia: el Código de Ética establece como deber de diligencia en el médico evitar todo comentario que despierte preocupación en el paciente. En presencia de un pariente le comunica el diagnóstico, y se produce una lesión en la madre o en el hijo (crisis nerviosa o infarto) al enterarse del delicado estado de salud del enfermo. La lesión no le es imputable al médico, porque el deber de diligencia está instituido para evitarle daños al paciente y no a terceros (fin de protección de la norma).

2) *La experiencia decantada de la vida.* Hay ciertas situaciones de la vida que suelen repetirse en el tiempo y en el espacio. Esto hace que la sociedad codifique (aunque no necesariamente a nivel legislativo) las experiencias vividas y señale pautas de comportamiento frente a dichas situaciones.

El ejercicio de una actividad profesional, por ejemplo, va decantando reglas que orientan el correcto desempeño de la función. El médico, el ingeniero, el odontólogo, el bacteriólogo, etc., cumplen sus tareas de acuerdo a las técnicas que la experiencia ha venido indicando frente a ciertas situaciones de hecho. Denominadas por Welzel "típicas", porque se presentan regularmente.

La codificación de esas pautas de comportamiento, es decir, de aquellas técnicas que el profesional debe emplear cuando se encuentre ante determinada situación (v.gr., un cuadro clínico característico, un terreno con ciertas peculiaridades geológicas, etc.) es lo que se denomina la *lex-artis*. La infracción a estas normas de orden técnico puede originar un hecho punible culposo.

3) *Un juicio comparativo.* No puede afirmarse, sin embargo, como se dijo anteriormente, que exista un catálogo definido y preestablecido sobre la conducta a seguir cuando se presentan determinados hechos, porque existen múltiples situaciones "atípicas", es decir, que excepcionalmente han tenido ocurrencia.

Cuando no se cuenta con parámetros legales (reglamentos) o con la experiencia decantada de la vida (*lex artis*), es al juzgador a quien corresponde determinar cuál era el deber de cuidado exigible en la concreta situación. Para hacer tal juicio debe comparar la conducta que siguió el sujeto con la que hubiera seguido en *el mismo ámbito de relación* un hombre prudente y diligente. Si existe *divergencia* en el juicio comparativo, es porque se ha infringido un deber de cuidado.

Si un cirujano sufre una artritis que le impide actuar con destreza, el máximo de cuidado que se le podría exigir a él, en concreto, estaría dentro de los límites de su enfermedad. Por esta razón, el cuidado exigible es el necesario en el tráfico jurídico, es decir, el del profesional normal, capacitado para emprender una actividad de tal naturaleza.

#### B. *Deberes que se desprenden de la exigencia general de cuidado*

Se ha dicho que la esencia del delito culposo consiste en la infracción a la exigencia general de cuidado en la vida de relación. La doctrina ha sostenido que son dos los deberes que se desprenden de ese principio general: 1) *Un deber de cuidado interno*, y 2) *Un deber de cuidado externo*<sup>70</sup>.

##### 1. *Deber de cuidado interno*

El sujeto tiene la obligación de observar las condiciones en las cuales va a desplegar su conducta. Se le impone fundamentalmente *un deber de examen previo*, *un deber de advertir el peligro para el bien jurídico*, cuando éste sea previsible para el autor. Dice Jescheck:

“El primer deber que se deduce de la exigencia general de cuidado es el de advertir el peligro para el bien jurídico protegido y valorarlo correctamente, pues todas las precauciones tendientes a la evitación de un daño dependen, en su especie y cantidad, del conocimiento del peligro amenazante. Ello constituye el *cuidado interno* que Binding caracterizó como ‘deber de examen previo’. Consiste en la observación de las condiciones bajo las cuales tiene lugar una acción, en el cálculo del curso que va a seguir y de las eventuales modificaciones de las circunstancias que la rodean, así como en la reflexión acerca de cómo puede desarrollarse y qué consecuencias se pueden derivar de un peligro advertido”<sup>71</sup>.

El deber de cuidado interno, en lo que respecta a la actividad curativa, puede resumirse en dos hechos fundamentales: a) la evaluación adecuada del paciente, y b) el examen de la propia capacidad del médico.

a) *La evaluación adecuada del paciente*. Este deber de examen previo está consagrado expresamente en la ley. En efecto, el Art. 11 de la Ley 23 de 1981 (Código de Ética Médica) dispone: “...El médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente...”. Esto implica que el médico tiene la obligación de verificar *personalmente* el estado del enfermo y además ordenar (si es posible) los exámenes técnicos correspondientes. En este punto se discute si el cirujano antes de proceder a una intervención está en el deber de confirmar por sus propios medios el diagnóstico que ha hecho un especialista.

<sup>70</sup> Cfr. Hans-Heinrich JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Vol. II, *ob. cit.*, págs. 797 y ss. Clasificación que también es adoptada por MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, Parte General, *ob. cit.*, págs. 230 y ss.

<sup>71</sup> Hans-Heinrich JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Vol. II, *ob. cit.*, pág. 797.

Cuando se trata de asumir funciones que hasta el momento otros han desarrollado, no opera el principio de confianza. En estos casos el deber de advertir el peligro es personal, y el médico está en la obligación de confirmar las apreciaciones y valoraciones que otras personas hubieren hecho, salvo que se trate de indicaciones formuladas por un profesional a quien se debe jerarquía científica v.gr., el estudiante frente al profesor)<sup>72</sup>. Se presentaría por ejemplo una concurrencia de culpas (autoría accesoria) si el cirujano empieza una intervención quirúrgica sin haber evaluado personalmente al paciente, y aplica una técnica incorrecta como consecuencia de un diagnóstico equivocado del internista. Los tribunales argentinos han encontrado digno de reproche "...la conducta del médico que, sobre la base de un diagnóstico erróneo, interviene quirúrgicamente a la paciente, provocándole una peritonitis a consecuencia de la cual fallece..."<sup>73</sup>.

También falta al deber de advertir el peligro el médico que no ordena los exámenes técnicos necesarios cuando ha detectado algún síntoma que hace prever una enfermedad más grave. Por ejemplo, respondería de homicidio o lesiones culposas en el siguiente caso: un paciente se presenta al hospital con molestias en el estómago; el médico tratante diagnostica una úlcera gástrica, y no solicita, como debe hacerse en estas situaciones, ni estudios radiológicos ni endoscopia; el paciente finalmente resulta con un cáncer de estómago que hubiera sido controlado si se realizan a tiempo los exámenes correspondientes.

Cuando el paciente fallece por reacciones individuales que no se hubieran podido detectar con exámenes de laboratorio previos, técnicas especiales o con la visita preanestésica, la omisión del médico en practicarlas (forma parte de su deber de cuidado) no incrementa el riesgo de producción del resultado y, por lo tanto, los daños a la integridad personal que se presenten no le son imputables<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> Cuando se trata del diagnóstico formulado por un especialista, quien no lo es, puede invocar el principio de confianza. En esta situación, y si no concurren circunstancias excepcionales, infringiría un deber de cuidado el médico general que no acata sus instrucciones (v.gr. cambia el tratamiento) y por esta razón se produce un resultado adverso.

<sup>73</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, T. V. La Culpabilidad, Editorial Losada, Buenos Aires, 1976, pág. 959.

<sup>74</sup> Los factores económicos juegan un papel importante en la determinación del deber de cuidado. ¿Hasta qué punto existe infracción a la *lex-artis* en aquellos casos donde no es posible, por razones económicas practicar los exámenes que la técnica aconseja? Enrique CURY, en planteamiento que compartimos, sostiene sobre el particular lo siguiente: "...Los problemas nuevos a que me refiero surgen, más bien, porque la medicina moderna, junto con progresar de una manera asombrosa, se ha encarecido en forma alarmante. A causa de esto, los facultativos se enfrentan a menudo con pacientes que rehúsan someterse al tratamiento más seguro, sencillamente porque su costo los abrumaría económicamente, gravitando además de manera muy pesada sobre su grupo familiar. Creo que en tales casos la *lex-artis* autoriza la elección de alternativas más riesgosas pero que asegurarán el consentimiento del enfermo a intentarlas. Pues, a fin de cuentas, la actividad médica no puede regirse por cánones inflexibles de eficacia abstracta que desatendan la integridad del ser humano al cual debe servir y con cuya voluntad de sanar necesita contar si quiere tener éxito...". *Algunos aspectos de la responsabilidad penal del médico...*, ob. cit., pág. 33.

b) *El examen de la propia capacidad*. Quien no tiene las condiciones necesarias para emprender la acción planeada, debe omitirla. Por esta razón, el médico, antes de aceptar un determinado encargo, analizará su propia capacidad, con el fin de evaluar si está en condiciones técnicas y físicas para asumir el tratamiento de un paciente. Si no lo hace, estaría faltando a un deber de cuidado interno, al deber de examen previo, que lo obliga a prever los peligros posibles para el bien jurídico<sup>75</sup>.

El deber de cuidado exige tener en cuenta todas las consecuencias *objetivamente* previsibles de la acción<sup>76</sup>. Se trata de una *previsibilidad concreta*. Por esta razón, la jurisprudencia alemana ha entendido que si era previsible solamente un daño a la integridad y no la muerte, se responde únicamente por las lesiones personales<sup>77</sup>. Si el médico emprende una arriesgada operación quirúrgica, y *ex-ante* sólo podía prever una lesión (v.gr., a lo sumo la pérdida de un órgano o una simple incapacidad para trabajar), en caso de infracción a la *lex-artis*, no responderá por homicidio imprudente si el paciente muere durante la intervención.

Sin embargo, *no* siempre que el resultado no querido sea previsible para el autor estamos frente a un hecho punible culposo. Para determinar si hubo imprudencia, es necesario precisar cuál ha sido la fuente del peligro. El origen del mismo influye sobre el papel de la previsibilidad.

La doctrina afirma que son dos las fuentes del peligro: a) sucesos de la naturaleza, y b) comportamientos humanos. Cuando el peligro surge de hechos de la naturaleza, *todo riesgo debe ser evitado si es previsible*. En cambio, cuando el peligro surge de comportamientos, *no es necesario evitar el riesgo, así éste sea previsible*, porque entra a operar un principio opuesto, denominado *principio de confianza*<sup>78</sup>.

## 2. Deber de cuidado externo

Jescheck afirma que "... De la posibilidad de advertir el peligro, se sigue el deber de realizar un comportamiento externo correcto con el objeto de evitar la producción del resultado típico..."<sup>79</sup>. Advertido el peligro, ¿qué comportamiento ha de seguir el médico para evitar la realización del mismo? En general

<sup>75</sup> Cfr. ENRICO ALTAVILLA, *La Culpa*. El delito culposo, sus repercusiones civiles, su análisis psicológico, Editorial Temis, Bogotá, 1956, pág. 530. En el mismo sentido: ROMEO CASABONA, Carlos María, *La actividad curativa*. Licitud y responsabilidad penal, *ob. cit.*, pág. 244.

<sup>76</sup> Cfr. CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, I, *ob. cit.*, págs. 386 y 387.

<sup>77</sup> Cfr. HANS WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho Penal*. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, *ob. cit.*, pág. 48.

<sup>78</sup> Cfr. GUNTER STRATENWERTEL, *Derecho Penal*, Parte General, I. El Hecho Punible, *ob. cit.*, págs. 338 y ss. En el mismo sentido: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Algunas observaciones sobre los principios que inspiran la jurisprudencia española en materia de delitos de tráfico*. Artículo publicado en Revista de Derecho de la Circulación, Año XVIII, N° 4, julio-agosto de 1981, Madrid, págs. 343 y ss. Del mismo autor: *Problemas dogmáticos actuales del hecho punible culposo*, Granada, 1980, edición mimeografiada, págs. 40 y ss.

<sup>79</sup> Hans-Heinrich JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Vol. II, *ob. cit.*, pág. 799.

puede sostenerse, como lo expresa Jescheck refiriéndose a cualquier ciudadano, que tiene los siguientes deberes: 1) El deber de omitir acciones peligrosas, y 2) El deber de mantenerse dentro del riesgo permitido.

1) *El deber de omitir acciones peligrosas.* Cuando el sujeto ha advertido el peligro, surge para él el deber de omitir toda acción que pueda conducir a la realización de ese peligro. Es lo que se denomina *cuidado como omisión de acciones peligrosas*. Si el fabricante advierte, por ejemplo, que ciertos materiales no se pueden elaborar, porque correrían peligro los obreros y los usuarios, a pesar de que se tomen todas las precauciones necesarias para evitar infecciones, debe omitir su producción. Si advertido el peligro, insiste en la fabricación y fallece alguno de los operarios no obstante los cuidados desplegados para desinfectar, se estructuraría un homicidio culposo.

Cuando el sujeto *no tiene la preparación técnica necesaria*, y emprende una actividad que el experto podría desarrollar sin ninguna dificultad, nos encontramos ante un caso de vulneración del deber de cuidado, que la doctrina denomina *culpa por asunción del riesgo*<sup>80</sup>: "... el que no es capaz de realizar correctamente la acción planeada, debe omitirla; para él, la 'conducta correcta', o el cuidado necesario en el tráfico, es la omisión de la acción..."<sup>81</sup>; o como dice Armin Kaufman, "para el ciego, el bruto, el sordomudo, el incapaz de conducir, están prohibidas muchas cosas que para los demás no lo están..."<sup>82</sup>.

Anteriormente sostuvimos que una de las exigencias del deber de cuidado del médico es el examen de su propia capacidad. El facultativo está en la obligación de valorar su propia capacidad técnica para emprender una determinada actividad curativa. Si el sujeto no es capaz de realizar correctamente la acción planeada, incurre en culpa por asunción del riesgo, así durante el tratamiento despliegue extraordinarios esfuerzos para lograr el éxito buscado: "... quien acepta un cometido peligroso, como el médico que sin preparación quirúrgica suficiente practica una difícil intervención, obra culposamente respecto al resultado mortal, incluso si desplegó todo el cuidado posible, pues dada su falta de competencia no debió admitir el encargo..."<sup>83</sup>.

En la actividad médico-quirúrgica existe *culpa por asunción del riesgo*, entre otros, en los siguientes casos: a) Cuando pudiendo hacerlo, no se solicita la *colaboración de especialistas*. Verbigracia, el médico general que empieza el tratamiento de un paciente con difíciles complicaciones —que sólo puede asumir una persona altamente calificada— y debido a la demora se agrava o se produce la muerte por la intervención tardía del especialista. b) El médico que, pudiendo hacerlo, no envía el paciente a otra entidad para que sea tratado

<sup>80</sup> Cfr. Hans-Heinrich JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Vol. II, *ob. cit.*, pág. 799. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, Parte General, *ob. cit.*, pág. 231.

<sup>81</sup> Hans WELZEL, *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964. Traducción de José Cerezo Mir, pág. 73.

<sup>82</sup> Armin KAUFMANN, *El Delito Culposo*. Publicado en *Nuevo Pensamiento Penal*, Revista de Derecho y Ciencias Penales, octubre-diciembre, 1976, Ediciones De-palma, Nº 12, pág. 475.

<sup>83</sup> TORIO LÓPEZ, Angel, *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*. Publicado en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1974, pág. 27, Separata.

con la *técnica moderna* y como consecuencia de ello se agrava o se produce la muerte. c) El médico que, después de haber iniciado una operación, se da cuenta que existe un diagnóstico equivocado, y no obstante, *sin la idoneidad suficiente o los medios técnicos adecuados, procede a practicar una intervención que inicialmente no había sido planeada*. Enrico Altavilla narra el caso "... de un oftalmólogo que, mientras operaba, convencido de que se trataba de un quiste ocular, se dio cuenta de que en cambio se trataba de un quiste dérmico, y siguió la operación en su gabinete, cuando hubiera sido prudente efectuarla en una clínica dotada de los medios necesarios..."<sup>84</sup>.

*La prohibición de asumir un riesgo puede estar consagrado expresamente en la ley*. Verbigracia, someter una persona sana a tratamientos médicos o quirúrgicos innecesarios, es decir, "... los que no corresponden a la situación clínico-patológica del paciente ..." (Arts. 10, párrafo, y 15 de la Ley 23 de 1981; Arts. 7, lit. a) y 9 del Decreto 3380 de 1981). Piénsese en el cirujano que ordena una apendicectomía sobre un apéndice sano, para obtener honorarios profesionales. En estas hipótesis, como el cuidado debido es *omitir la acción*, el juicio de reproche se coloca en un momento anterior (en este caso a la intervención quirúrgica) y puede haber responsabilidad penal *aunque no se produzca un fallo técnico*.

La ley de ética médica establece claramente que el facultativo "... no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica médica al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico ..." (Art. 16, inc. 1º de la Ley 23 de 1981 y Art. 13 del Decreto 3380 de 1981). Esta previsión legislativa es un desarrollo lógico del principio general del *riesgo permitido*. Si el ordenamiento autoriza al facultativo para poner en peligro hasta un cierto límite la vida y la integridad del paciente, no le son imputables las consecuencias negativas del tratamiento, cuando estuviere ajustado a la *lex-artis*.

Las "... reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento ...", *no se encuentran dentro* del riesgo permitido, cuando el ordenamiento prohíbe expresamente *iniciar* la acción peligrosa. Si un cirujano emprende una operación sobre un paciente sano, es decir, un tratamiento quirúrgico innecesario, porque no corresponde a la situación clínico-patológica del paciente, es autor de homicidio culposo, aunque la muerte se produzca por reacciones incontrolables y súbitas del mismo<sup>85</sup>.

No puede afirmarse que en estos casos estamos aplicando el proscrito principio del *versari in re illicita* (quien emprende una actividad prohibida responde de todas las consecuencias que de ella deriven), porque precisamente la finalidad de la prohibición es evitar resultados inesperados como consecuencia de riesgos innecesarios. No se trata de un caso de responsabilidad objetiva, porque indudablemente se ha infringido un deber de cuidado (evitar la acción peligrosa) y el sujeto ha elevado el riesgo de producción del resultado.

Estaría aplicando el abolido principio del *versari*, si además de imputarle al médico la muerte culposa del paciente, le atribuyéramos también las lesiones

<sup>84</sup> Enrico ALTAVILLA, *La Culpa, ob. cit.*, pág. 554.

<sup>85</sup> Además, el homicidio concurriría con la estafa, porque a través de un medio engañoso (tratamiento innecesario) obtuvo un desplazamiento patrimonial injusto.

que se producen en un pariente al enterarse del fallecimiento de la madre durante la intervención.

2) *El deber de mantenerse dentro del riesgo permitido.* Se ha dicho que los ciudadanos están en la obligación de evitar la realización de conductas que puedan culminar con la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. No obstante, debido al desarrollo de la moderna industria y a la necesidad de los adelantos sociales que mejoren las condiciones materiales de la existencia humana, *no es posible prohibir todas aquellas acciones que puedan generar un peligro para los bienes jurídicos.*

Esta concepción de la vida contemporánea, necesaria por cierto, implica que a los sujetos que participan en el acontecer diario les sea permitido poner en peligro *hasta cierto límite* los bienes jurídicos ajenos. Esto es lo que se conoce como el *riesgo permitido*. En este postulado se fundamenta la sociedad industrializada. Si no fuera así, se paralizaría la industria, el transporte aéreo, marítimo y fluvial, la explotación minera, etc. Los ciudadanos desempeñan sus labores desplegando conductas que ponen en peligro no sólo sus propios bienes, sino también los bienes ajenos. Sin embargo, estos riesgos no pueden ser prohibidos tajantemente porque se atentaría contra la evolución social. Lo único que puede hacer la sociedad contemporánea es permitir el peligro hasta un determinado límite. Ponerle fronteras al peligro. Mientras el ciudadano *se mantenga dentro de los límites del peligro socialmente tolerado* (riesgo permitido), toda lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos que ocasione en el desarrollo de su actividad no puede ser considerada ilícita.

Gunter Stratenwerth afirma:

*"En lugar de la prohibición de poner en peligro, aparece consecuentemente el mandato de limitar el peligro a la medida mínima que es inevitable, si se quiere permitir la actividad correspondiente. El residuo de peligro que queda se designa con la expresión de riesgo permitido"*<sup>86</sup>.

Mientras el sujeto no supere entonces los límites del riesgo permitido, la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos ajenos *es atípica*.

En la actividad curativa el médico debe exponer el paciente a ciertos riesgos y maniobras peligrosas para mantener incólume su vida e integridad personal. ¿Cuál es ese *residuo* de peligro socialmente tolerado en el ejercicio de la profesión médica, con base en el cual podemos considerar atípico el resultado negativo? Por vía de ejemplo podemos considerar los siguientes:

a) El que se produce conforme a la *lex-artis*. Las reglas técnicas que va decantando la experiencia profesional, aplicables a situaciones típicas que se repiten en el tiempo y en el espacio, determinan "... el grado de cuidado que es necesario observar *si se quiere* evitar una determinada lesión o puesta en peligro..."<sup>87</sup> de un bien jurídico. Por esta razón, si a pesar de su observancia se produce un daño en la vida o integridad física del paciente, *el resultado se encuentra dentro del riesgo permitido* y por consiguiente no puede imputársele al médico. Con razón anota Luis Jiménez de Asúa que "... toda intervención

<sup>86</sup> Gunter STRATENWERTH, *Derecho Penal*, Parte General, I, *ob. cit.*, págs. 120 y ss.

<sup>87</sup> MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, Parte General, pág. 230.

curativa, conforme a la *lex-artis*, carece de tipicidad y se halla intrínsecamente justificada por la valuación de bienes . . .”<sup>88</sup>.

Si la la infracción a la *lex-artis* *puede* conducir a la existencia de un delito culposo, es importante estudiar cuál es el alcance de este concepto. En nuestro ordenamiento jurídico se acepta como *lex-artis únicamente* los “...medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente constituidas . . .” (Art. 12, inciso 1º de la Ley 23 de 1981)<sup>89</sup>.

¿Qué acontece si un médico de amplia trayectoria profesional aplica medios diagnósticos o terapéuticos que no han sido aún oficialmente aceptados por las instituciones académicas y se produce un resultado negativo en un paciente, no obstante haber demostrado su efectividad en otro gran número?

Nos parece que *no* podemos afirmar, por vía general, que responde penalmente el médico por el sólo hecho de aplicar un método que oficialmente no ha sido reconocido. Es necesario preguntarnos: ¿Por qué la ley exige la utilización de medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados? Simplemente para evitar la experimentación injustificada, es decir, la no terapéutica. No para impedir que científicos de reconocida solvencia ética e intelectual apliquen técnicas que han sido *utilizadas con éxito*, así las mismas no estén todavía aceptadas oficialmente.

Por las anteriores razones, consideramos como afirma Romeo Casabona, que “...la técnica quirúrgica que se ha de estimar válida es aquella que, siendo reconocida mayoritariamente o minoritariamente, se muestre eficaz para la situación concreta y, dado el caso, para un *gran número de situaciones semejantes* o ‘típicas’. La vinculación del médico a una u otra técnica (la mayoritaria o la minoritaria) viene determinada, y aún exigida, por su propio convencimiento, objetivamente fundado, de cuál sea la más conveniente para el enfermo en cuestión (. . .). Por tanto, lo correcto, la actuación correcta, no es necesariamente coincidente con la aplicación de las reglas generalmente reconocidas . . .”<sup>90</sup>. Adoptar una posición diferente en el derecho colombiano, sería tanto como aceptar que sólo tienen carácter científico los dogmas oficiales. Con razón expresa Quintano Ripollés que “...las normas democráticas poco valen en la ciencia . . .”<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, T. IV, Editorial Losada, Buenos Aires, 1961, pág. 662.

<sup>89</sup> El Art. 8º del Decreto 3380 de 1981 establece: “...Para los efectos del artículo 12 de la Ley 23 de 1981, las instituciones científicas legalmente reconocidas comprenden:

“...a) Las facultades de medicina legalmente reconocidas.

“...b) Las academias y asociaciones médico-científicas reconocidas por la ley o el Ministerio de Salud.

“...c) La Academia Nacional de Medicina.

“...d) Las instituciones oficiales que cumplan funciones de investigación médica o de vigilancia y control en materia médico-científica . . .”.

<sup>90</sup> ROMEO CASABONA, Carlos María, *La Actividad Curativa*. Licitud y responsabilidad penal, Editorial Bosch, Barcelona, 1981, pág. 237.

<sup>91</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la Culpa*, Editorial Bosch, Barcelona, 1958, pág. 511. Sobre este punto señala acertadamente lo siguiente: “No es tan seguro, en cambio, que el mero hecho de faltar a las normas científicas generalmente admitidas por las autoridades académicas sean en sí integrante de culpa, como pensaba no un jurista, sino un médico tan insigne como Virchow, con un criterio un tanto ‘prusiano’

Cuando el profesional se aparta de las reglas del arte médico (*lex-artis*), reconocidas mayoritaria o minoritariamente, pero efectivas en todo caso para el tratamiento de situaciones típicas, se presenta un error técnico. "... el fallo técnico en medicina supone *un defecto en la aplicación de métodos, técnicas o procedimientos en las distintas fases de la actuación del médico...*"<sup>92</sup>.

Hay coincidencia general en la doctrina, en el sentido de que la existencia de un fallo técnico no implica inmediatamente la violación a un deber de cuidado. Posteriormente veremos que hay ciertos fallos técnicos producidos dentro del riesgo permitido. Por ejemplo, los ocasionados en *acciones peligrosas de salvamento*, en los cuales se permite prescindir de la técnica aplicable en condiciones normales (v.gr., operar en una lejana población rural sin utilizar la asepsia correspondiente), o los que *tienen ocurrencia en virtud del principio de confianza* (el cirujano que opera con base en exámenes clínicos mal elaborados).

Siguiendo la doctrina alemana, Quintano Ripollés sostiene que "... la falta técnica o error (*kunstfehler*), que es un concepto científico, no entraña eo ipso la culpa, que es lo jurídico..." (...) "... lo decisivo en derecho no es tanto el error en sí como la *causa* del error, que es el criterio con toda justeza, seguido generalmente por la jurisprudencia criminal alemana..."<sup>93</sup>. Por lo tanto, lo importante no es el fallo en sí. Lo relevante es "... si el médico ha faltado a su deber de prevenir las consecuencias..."<sup>94</sup>; "... si el médico ha hecho todo cuanto exige la ciencia y la práctica médica para disminuir el riesgo en el caso en cuestión..."<sup>95, 96</sup>.

También se ha sostenido mayoritariamente que no es cualquier fallo técnico el que genera un delito culposo. *Tiene que tratarse de un error grosero,*

de la ciencia. Pues esto equivaldría a privar al facultativo de toda iniciativa propia, obligándolo a un proceso rutinario que contradice los más elementales principios del espíritu científico. El médico puede legítimamente apartarse de las sendas tradicionales y acoger innovaciones que le parezcan más eficaces al caso a tratar, siempre y cuando, naturalmente, que sean susceptibles de discusión científica..." (pág. 509).

<sup>92</sup> ROMEO CASABONA, Carlos María, *El Médico y el Derecho Penal*, ob. cit., pág. 233.

<sup>93</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la Culpa*, ob. cit., págs. 505-506-511.

<sup>94</sup> ROMEO CASABONA, Carlos María, *El Médico y el Derecho Penal*, ob. cit., pág. 243.

<sup>95</sup> ROMEO CASABONA, Carlos María, *El Médico y el Derecho Penal*, ob. cit., pág. 243.

<sup>96</sup> El siguiente caso, juzgado por los Tribunales argentinos, nos puede ilustrar sobre un *error técnico* que no implica culpa: "... Siendo Rodolfo Rivarola Juez en Mercedes, dictó un importante fallo, en el que se absolvió a un *médico* a quien se acusaba de 'falta de observación del enfermo u omisión de la diligencia necesaria en su examen y tratamiento', porque a su juicio si bien 'resulta probado un error de diagnóstico, no resulta probado que se incurriera en él por falta de conocimientos profesionales; no ha habido omisión de la diligencia necesaria para formular el diagnóstico; tampoco se ha demostrado que el tratamiento fuera contraindicado, según el diagnóstico, o que era radicalmente contrario al que convenía a la enfermedad verdadera, ni que los remedios prescritos pudieran por sí causar o acelerar la muerte...' (Sentencia de 20 de julio de 1888, en 'Apéndice A' del libro de Rivarola, Exposición, etc., Tomo I, págs. 398-402). Cita de: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo V. La Culpabilidad, Editorial Losada S.A., Tercera Edición, Buenos Aires, 1976, pág. 959.

*manifiesto e inexcusable*. A pesar de que en medicina, por regla general, no existen normas científicas de imperioso acatamiento, "... es posible conformar una mínima ortodoxia, de la que no es posible desviarse sin incurrir en obvia temeridad..."<sup>97</sup>. Por ejemplo, la asepsia del instrumental quirúrgico o la realización de determinados exámenes de laboratorio, indispensables antes de empezar una operación, etc.

De otra parte, la exigencia de un *error grosero*<sup>98</sup> se justifica porque en la actividad médica se conjugan múltiples factores incontrolables, desconocidos, reacciones inusitadas, etc. Además, porque ante esta *franja de incertidumbre* que caracteriza la intervención médica, "... no podría avanzar la ciencia si no se acepta el error como método de trabajo..."

Como la medicina, dice Dumas, "... se ocupa de un objeto demasiado complicado, abarca multitud de hechos demasiado variados, opera sobre elementos demasiado sutiles y demasiado numerosos, para dar siempre a las inmensas combinaciones de las cuales es susceptible, la uniformidad, la evidencia, la certeza que caracterizan las ciencias físicas y matemáticas..."<sup>99</sup>, *la responsabilidad del médico comienza donde terminan las discusiones científicas razonables*. Así lo ha venido sosteniendo la doctrina francesa.

b) *Cuando resulta de mayor utilidad individual asumir un alto riesgo que omitirlo*<sup>100</sup>. La prohibición general de desarrollar actividades altamente peligrosas sufre una importante excepción cuando están de por medio *los intereses sociales* y el desarrollo de la humanidad. Por esta razón hay un *residuo de peligro* socialmente tolerado (riesgo permitido). "... Sin embargo, la utilidad

<sup>97</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la Culpa*, ob. cit., pág. 507.

<sup>98</sup> La Corte Suprema de Justicia —Sala Civil—, considera que sólo existe responsabilidad médica ante un error manifiesto y grave: "... Mas la responsabilidad del médico no es limitada ni motivada por cualquier causa sino que exige no sólo la certidumbre de la culpa del médico sino también la gravedad. En materia de culpa la jurisprudencia y la doctrina no la admiten cuando el acto que se le imputa al médico es científicamente discutible, y en materia de gravedad de aquélla es preciso que la culpa sea grave, dándole en este caso al vocablo el sentido de culpa de cierta gravedad (...). La responsabilidad médica no puede pues tomarse ni interpretarse en un sentido riguroso y estricto, pues de ser así quedaría cohibido el facultativo en el ejercicio profesional por el temor a las responsabilidades excesivas que se hicieran pesar sobre él, con grave perjuicio no sólo para el mismo médico sino para el paciente..." (C. S. J., Sala Civil, Casación, M. P. LIBORIO ESCALLÓN, G. J. N° XLIX N° 1953-1954, pág. 119). —Subrayas fuera de texto.

<sup>99</sup> C.-L. Dumas. Cita de: Michel FOUCAULT, *El Nacimiento de la Clínica*, Una arqueología de la mirada médica, Ediciones Siglo Veintiuno, 10ª Edición, México, 1985, págs. 140-141.

<sup>100</sup> Enrique CURY sostiene que este grupo de casos no puede resolverse con base en el esquema neoclásico del delito, porque llegaríamos a extremos inaceptables. En efecto, la conducta sería típica, porque existe relación causal entre la acción del médico y la muerte del paciente. Además, podría serle imputada a título de *dolo eventual*, tanto desde el punto de vista de la teoría de la representación como del asentimiento. La única solución posible es ubicar la conducta del facultativo dentro del riesgo permitido. Cfr. *Algunos aspectos de la responsabilidad penal del médico por los resultados causados con ocasión de un tratamiento o de una intervención quirúrgica, contemplados desde el punto de vista de la teoría de la imputación objetiva del hecho*, ob. cit., págs. 22 y ss.

no tiene por qué ser solamente de naturaleza *social*, sino que también puede consistir en el interés preponderante del afectado, como ocurre, por ejemplo, en una peligrosa operación para evitar un peligro para la vida o el peligro de una enfermedad...<sup>101</sup> Con base en este criterio (interés preponderante del afectado) *podemos ubicar la experimentación terapéutica dentro del riesgo permitido.*

La experimentación terapéutica se realiza sobre *una persona enferma*<sup>102</sup> a quien hay que aplicarle métodos y técnicas hasta ahora no suficientemente conocidas, como único medio para tratar de conseguir el restablecimiento de su salud. No existe en estos casos imprudencia, cuando las perspectivas de éxito son mayores que los riesgos que se producirían en el caso de no practicarse la intervención. En otros términos, que *ante la inexistencia de métodos efectivos de curación, representa un mayor riesgo para el paciente omitir el tratamiento desconocido, que asumirlo.* En estos casos, la gravedad del paciente es directamente proporcional a los riesgos que se pueden correr.

Por el contrario, existirá imprudencia médica cuando el facultativo escoge el tratamiento más peligroso para el paciente, pudiendo utilizar métodos que implican menor riesgo y de efectividad comprobada.

El Código de ética médica acepta *únicamente* la experimentación terapéutica. No obstante, la utilización de medios diagnósticos o terapéuticos desconocidos sólo pueden emplearse en circunstancias excepcionales y graves, y además cuando se ofrezca "... como única posibilidad de salvación..." (Art. 12 parágrafo, Ley 23 de 1981). Por consiguiente, en el ordenamiento colombiano sólo puede prescindirse de los medios terapéuticos tradicionales cuando estemos ante situaciones de muerte inminente o inevitable<sup>103</sup>.

La Ley 23 de 1981, en el parágrafo del Art. 12, también subordina la *experimentación terapéutica*, a que se obtenga la autorización del paciente o de sus familiares responsables ¿Qué sucede si, debido a una circunstancia excepcional y grave, se utiliza un procedimiento experimental que se ofrece como única posibilidad de salvación del paciente, sin la debida autorización del mismo o sus familiares ("... salvo en los casos en que ello no fuere posible..." Art. 15 Ley 23/81) y el enfermo muere como consecuencia de él? ¿La muerte, le es imputable al médico como homicidio culposo? *Nos parece que sí, porque en este caso la ley expresamente entendió que el consentimiento forma parte del riesgo permitido.* Si el peligro no está legalmente tolerado, es una conducta imprudente iniciar acciones que probablemente conduzcan a la lesión de un bien jurídico.

<sup>101</sup> GUNTER STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General, ob. cit.*, pág. 121, N° 342.

<sup>102</sup> Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María, *El Médico y el Derecho Penal, ob. cit.*, págs. 156 y ss.

<sup>103</sup> La legislación de ética médica excluyó dos hipótesis de experimentación terapéutica reconocidas por la doctrina: 1. Aquellos casos en que *la enfermedad no es mortal*, pero no hay medios terapéuticos —idóneos— para combatirla. 2. Situaciones en las cuales existen tratamientos terapéuticos reconocidos, pero se necesitan otros experimentales para buscar una solución eficaz. Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María, *El Médico y el Derecho Penal, ob. cit.*, pág. 158.

c) *Acciones peligrosas de salvamento*<sup>104</sup>. No podemos establecer como criterio general "... que donde hay temeridad hay culpa..."<sup>105</sup>. También se encuentran dentro del riesgo permitido aquellas acciones que tiene que ejecutar el médico ante la inminencia de un peligro, y que en *condiciones normales* no ha debido asumir. Verbigracia, el médico inexperto que asume el riesgo de una operación, porque el especialista se encontraba embriagado, y debido a su impericia opera contrariando la *lex-artis*, con resultado negativo: muerte del paciente.

Cuando existan situaciones que pongan en peligro la vida o la integridad de alguien y se requiera una acción inmediata, el ordenamiento jurídico acepta que personas no capacitadas inicien *arriesgadas acciones de salvamento* (Cfr. Art. 7º, literal a) de la Ley 23 de 1981, y Art. 3º del Decreto 3380 de 1981). En esta hipótesis, si se produce un resultado negativo originado en la falta de idoneidad del facultativo, la lesión al bien jurídico se encuentra dentro del riesgo permitido y su conducta es atípica.

Este grupo de casos *no puede enmarcarse dentro del estado de necesidad*, porque no existe propiamente una *colisión* de bienes jurídicos. En la causal de justificación, hay *sacrificio* de un bien de igual o menor entidad para salvar *otro* que se encuentra en inminente peligro. Lo que no sucede en las acciones peligrosas de salvamento, porque a diferencia del estado de necesidad, "... la propia acción de salvación pone en grave riesgo el bien jurídico en peligro..."<sup>106</sup> que se trata de proteger. ¿O es que puede hablarse de estado de necesidad, cuando se produce la muerte del paciente como consecuencia de una acción arriesgada que se emprende precisamente para salvarlo?

d) *El principio de Confianza*. El principio de confianza es una expresión del riesgo permitido, porque el resultado que se produzca como consecuencia de no haber tomado las precauciones necesarias para actuar en caso de un comportamiento antirreglamentario de otro, está socialmente tolerado. Es previsible, objetivamente, que en una operación urgente el anestesiólogo concorra embriagado o en condiciones de inferioridad síquica o física a la sala de cirugía. Sin embargo, no podrá reprochársele al cirujano, que faltó al deber de cuidado por no haber llamado con previa anticipación a otro facultativo (para que suministrara la anestesia en caso de presentarse esa situación), porque en virtud

<sup>104</sup> Algunos autores consideran que este grupo de casos es ubicable dentro de las causales de justificación: "... el derecho puede, inclusive debe, permitir que un médico realice una operación arriesgada y no conforme a las reglas del arte médico, cuando es el único medio de que puede disponerse para salvar la vida de una persona que, sin esa operación, moriría seguramente. (...) Tal orden jurídico debe, pues, admitir en casos excepcionales el riesgo de posibles perjuicios a bienes jurídicos por una conducta descuidada; y dichos casos son, por lo mismo, calificados muy acertadamente como de *riesgo permitido*..." (Karl-Heinz GOESSEL, *Dos estudios sobre la teoría del delito*. Viejos y nuevos caminos de la teoría de la imprudencia, Editorial Temis, Bogotá, 1984, págs. 29-30. Nos parece que el hecho de apartarse de las reglas del arte médico, cuando la actuación emprendida constituye el único medio para salvar la vida de un paciente, *no* implica violación a un deber de cuidado. Por el contrario, *el cuidado debido es apartarse de la lex-artis*, si la experimentación terapéutica o la arriesgada intervención son la única esperanza de salvación.

<sup>105</sup> Enrico ALTAVILLA, *La Culpa*, *ob. cit.*, pág. 555.

<sup>106</sup> Hans-Heinrich JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, Vol. I, *ob. cit.*, pág. 555. Este autor ubica este grupo de casos como causal de justificación.

del principio de confianza tiene derecho a esperar de sus compañeros de trabajo una conducta reglamentaria. Si el enfermo muere (la operación no se podía detener ante la inminencia de un fallecimiento) como consecuencia de una prestación defectuosa del anestesiólogo, sería el único responsable del homicidio culposo. La actuación del cirujano está dentro del riesgo permitido.

### C. Trabajo en equipo y deber de cuidado

1. En materia de delitos imprudentes se trabaja con un *concepto unitario de autor*, porque a diferencia del hecho punible doloso, no es posible distinguir entre autoría y participación. No se admite la instigación (esencialmente dolosa) ni la complicidad, "... porque toda clase de concausación en la producción no dolosa de un resultado mediante una acción que lesiona el cuidado conforme al ámbito de relación es ya autoría..."<sup>107</sup>. Si la acompañante del conductor, imprudentemente lo convence para que conduzca a alta velocidad y como consecuencia de ello se produce la muerte de un peatón, no podemos afirmar que el conductor es el autor y el pasajero cómplice. Ambos responden como *autores*, porque además de contribuir causalmente a la producción del resultado (equivalencia de las condiciones), infringieron un deber de cuidado e incrementaron el peligro socialmente tolerado.

No siempre que varias personas contribuyan a la lesión de un bien jurídico, nos encontramos ante el fenómeno de la *coautoría*, porque es de la esencia de esta categoría dogmática la *decisión común* de ejecutar el hecho punible. La existencia del plan delictivo es lo que permite que las conductas de cada uno de los intervinientes puedan interrelacionarse para dar nacimiento a una nueva figura<sup>108</sup>.

La decisión común de ejecutar el hecho punible implica que las actividades realizadas por cada una de las personas que intervienen en la comisión del ilícito, se entienda realizada por los otros. Por consiguiente, en la coautoría rige "... el principio de *imputación recíproca* de las distintas contribuciones. Según este principio, todo lo que haga cada uno de los coautores es imputable (extensible) a todos los demás. Sólo así puede considerarse a cada coautor como autor de la totalidad. Para que esta 'imputación recíproca' pueda tener lugar es preciso el *mutuo acuerdo* que convierte en partes de un plan global unitario las distintas contribuciones..."<sup>109</sup>.

Autor de un delito culposo es aquel que viola un deber objetivo de cuidado, incrementando el riesgo que se concreta en la producción del resultado. Ahora bien, si éste se produce por la actuación de varios sujetos entre los cuales no existe la decisión común de realizar un hecho punible concreto (dolo), nos encontramos frente a la categoría jurídica denominada *autoría accesoria*<sup>110</sup>, bajo

<sup>107</sup> HANS-WELZEL, *Derecho Penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, pág. 143.

<sup>108</sup> Cfr. Angelo Raffaele LATAGLIATA, *El concurso de personas en el delito*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1967, pág. 85.

<sup>109</sup> MIR PUIG, Santiago, *Lecciones de Derecho Penal* (Teoría del Delito), Graphic/2, Barcelona, 1983, págs. 247-248.

<sup>110</sup> Cfr. RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, *El agente provocador en el Derecho Penal*, Editorial Edersa, Madrid, 1982, pág. 181. En el mismo sentido: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos cuantificados por el resultado y causalidad*, Editorial Reus, Madrid, 1966, pág. 158.

la cual podemos agrupar todos aquellos casos en los cuales *varias personas concurren imprudentemente* a la producción de un resultado ilícito.

En el delito culposo no es posible hablar de coautoría, porque falta la *decisión común* de realizar un hecho punible; indispensable como quedó visto, para que entre a operar el principio de imputación recíproca. Si existe acuerdo previo (o al menos que nazca durante la empresa delictiva), quienes intervienen responden por la totalidad del hecho, aunque las conductas individualmente consideradas *sean atípicas o se adecuen a otro precepto penal*<sup>111</sup>.

¿Qué acontece en la actividad médico-quirúrgica si no es posible individualizar dentro de los varios miembros del equipo dónde se originó indebidamente el peligro que culminó en el daño a la integridad del paciente? Verbi-gracia, una cirugía sobre cáncer de recto para realizar una *resección abdomino-perineal*. Un cirujano empieza a trabajar por el recto y el otro por el abdomen. El paciente muere por una infección y no es posible determinar cuál de los dos cirujanos la produjo.

Nos parece que en este grupo de casos hay que absolver a *todos* los integrantes del equipo, porque "... *el injusto de los delitos culposos es un injusto personal de acción...*"<sup>112</sup>, es decir, se responde por el cuidado propio y no por el ajeno: "... cada miembro del equipo de tratamiento responde por las prestaciones defectuosas en el ámbito de sus propias funciones..."<sup>113</sup>.

Si no sabemos dónde se originó la prestación defectuosa y contraria a la *lex-artis*, no podemos diluir la responsabilidad entre todos los facultativos que intervinieron, porque sería aplicar *ilegalmente* el principio de imputación recíproca que rige la coautoría en los delitos dolosos, a los hechos punibles imprudentes.

2. Hemos dicho que, en virtud del *principio de confianza*, siempre que en la vida de relación concurren comportamientos de varias personas, y mientras no surjan circunstancias excepcionales (v.gr., que el peligro ya hubiere surgido; que se trata de comportamientos de ancianos, menores, ebrios o minusválidos —*principio de defensa*) el ordenamiento autoriza al sujeto *para esperar* de los demás un comportamiento adecuado a derecho<sup>114</sup>.

Si un conductor transita por una vía pública y tiene el derecho de prelación, es previsible que un peatón u otro conductor quebranten ese derecho. Sin embargo, no tiene la obligación de disminuir la marcha, porque en virtud del principio de confianza puede esperar de los demás un comportamiento reglamentario.

<sup>111</sup> A, B y C acuerdan darle muerte a D. Conforme al plan establecido, A interceptará el automóvil donde viaja D. B abrirá la puerta, y C disparará. El acuerdo mutuo para realizar el homicidio (además del aporte objetivo de cada uno de ellos) hace operar el principio de imputación recíproca, y los tres responderán por la totalidad del hecho, en calidad de coautores. De no existir connivencia (que puede ser anterior o coetánea al acontecimiento) las conductas de A y B no serían punibles, porque interceptar un coche o abrir una puerta son actos jurídicamente irrelevantes.

<sup>112</sup> HANS-WELZEL, *Derecho Penal Alemán*, *ob. cit.*, pág. 189.

<sup>113</sup> ROMEO CASABONA, Carlos María, *La Actividad Curativa*, *ob. cit.*, pág. 250.

<sup>114</sup> Cfr. HANS-WELZEL, *Derecho Penal Alemán*, *ob. cit.*, pág. 189. En el mismo sentido: GUNTER STRATENWERTH, *Derecho Penal*, Parte General, I, *ob. cit.*, págs. 338 y ss.

Este principio fue creado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán para el tráfico automotor (porque seguir un criterio contrario implicaría la paralización del mismo), pero actualmente la doctrina lo ha extendido a todos los campos de la actividad social en que deban intervenir varias personas, y especialmente para resolver problemas de autoría en los delitos culposos: "... el principio de confianza —dice Cerezo Mir— es aplicable también fuera del ámbito del tráfico motorizado, en todas las actividades realizadas por un equipo de personas, de acuerdo con el principio de la división del trabajo, por ejemplo, las intervenciones quirúrgicas..."<sup>116</sup>.

Con base en el *principio de confianza* podemos resolver algunos casos frecuentes en la práctica médica, como la delegación de funciones a personal subordinado; la responsabilidad de los dependientes cuando sigue las instrucciones del facultativo; la del cirujano por las deplorables condiciones de asepsia en un hospital o por haber emprendido una operación con el solo diagnóstico del internista, que a la postre resulta equivocado, etc. En síntesis: "... en qué medida afectará al deber de cuidado del médico la actuación negligente de algunos de sus colaboradores (enfermeras, médicos asistentes, etc.)? ¿En qué medida serán responsables éstos?..."<sup>116</sup>.

Cuando los colaboradores tienen *autonomía científica*, puede esperar de ellos un comportamiento reglamentario, y sus prestaciones defectuosas no lo hacen incurrir en culpa: "... al médico podrá reprochársele únicamente la lesión del deber de cuidado cuando haya hecho posible o facultado la conducta defectuosa de sus colaboradores por falta de organización, o sea, por la inobservancia del cuidado requerido en la asignación de tareas, en las instrucciones y órdenes sobre las medidas a seguir para el cuidado del paciente o en la supervisión general. El punto de partida para la delimitación de la responsabilidad es, por consiguiente, la distribución de tareas entre el médico y sus colaboradores..."<sup>117</sup>.

Si un médico delega al personal subalterno tareas que no pueden desarrollar autónomamente, es decir, sin su orientación, no podrá invocar el principio de confianza, porque éste "... no puede regir —como afirma Stratenwerth— en la medida en que el deber de cuidado está dirigido precisamente a la vigilancia, control o cuidado del comportamiento de otras personas..."<sup>118</sup>. Verbigracia, el profesor universitario que delega en un estudiante de medicina el tratamiento de un paciente que muere a consecuencia de un fallo técnico. Los dos responderán penalmente por homicidio imprudente (autoría accesoria). El instructor por omisión y el estudiante por no evitar acciones peligrosas (culpa por asunción del riesgo). Cuando el ejercicio de una función sólo puede ser realizado por personas especialmente capacitadas, sólo podrá delegarse la misma en otra *igualmente* idónea. De lo contrario hay imprudencia.

Cuando surgen *circunstancias excepcionales*, verbigracia, que alguno de los colaboradores se encuentre en estado de embriaguez o, en general en condiciones de inferioridad física o psíquica por el cansancio, la droga, etc., no rige el principio de confianza. En estas situaciones tendrá que ser reemplazado o de

<sup>115</sup> CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español, ob. cit.*, pág. 388.

<sup>116</sup> ROMEO CASABONA, Carlos María, *La Actividad Curativa, ob. cit.*, pág. 248.

<sup>117</sup> ROMEO CASABONA, Carlos María, *La Actividad Curativa, ob. cit.*, pág. 250.

<sup>118</sup> GUNTER STRATENWERTH, *Derecho Penal, Parte General, I, ob. cit.*, pág. 339.

lo contrario se responderá conjuntamente con él, en caso de cualquier fallo técnico.

De otra parte, "... las personas auxiliares pueden a su vez fiarse de la corrección de las instrucciones dadas a ellos y no tiene obligación de comprobarlas, aunque le fuera posible..."<sup>119</sup>. Claro está, en la medida en que no aparezca una circunstancia excepcional. Si un médico le indica a una enfermera que debe aplicar una determinada droga al paciente, y éste muere como consecuencia de una reacción alérgica a ella, que era totalmente previsible, sólo responde penalmente el primero. La enfermera, a pesar de que causalmente contribuyó a la producción del resultado, no infringió ningún deber de cuidado, *porque su actuación estaba dentro del riesgo permitido*. El principio de confianza es una expresión del peligro socialmente tolerado.

### CAPÍTULO III

#### CULPA POR OMISIÓN

##### A. *Omisión de socorro y delitos impropios de omisión*

¿Bajo qué categoría ubicamos la conducta de un médico que no atiende a un enfermo grave, y como consecuencia de ello se produce un daño en su integridad personal o su muerte? El punto suscita alguna dificultad en el derecho penal colombiano, porque nos encontramos ante un *concurso aparente de tipos*. En efecto, el comportamiento podría ubicarse en cualquiera de los siguientes preceptos: a) en la *omisión de socorro*, catalogada como contravención en nuestro derecho positivo<sup>120</sup>; b) en un delito de *omisión impropia* (homicidio o lesiones)<sup>121</sup>, o c) en el delito de *abandono seguido de lesión o muerte* descrito en la parte especial del código<sup>122</sup>. Las tres modalidades concurren simultáneamente, por las siguientes razones:

a) En todas las situaciones planteadas se produce un resultado de lesión o muerte, como consecuencia de la realización de un peligro jurídicamente desaprobado;

<sup>119</sup> ROMEO CASABONA, Carlos María, *La Actividad Curativa*, *ob. cit.*, pág. 251.

<sup>120</sup> Art. 45 del Decreto 522 de 1971, *De las contravenciones especiales que afectan la integridad personal*: "... El que omita prestar ayuda a persona herida o en peligro de muerte o de grave daño a su integridad personal, incurrirá en arresto de uno a seis meses. Si de la falta de auxilio se siguiere la muerte, la sanción se aumentará hasta en la mitad (...). Si el contraventor es médico, farmacéutico o practicante de medicina o agente de autoridad, la pena se aumentará hasta en otro tanto...".

<sup>121</sup> Art. 21, inc. 2º del Código Penal: "*Causalidad* (...). Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo...".

<sup>122</sup> *Delitos contra la vida y la integridad personal*. Art. 348. *Abandono*. El que abandone a un menor de doce años o persona que se encuentre en incapacidad de valerse por sí misma, teniendo deber legal de velar por ellos, incurrirá en prisión de dos a seis años. (...) Art. 348. *Abandono seguido de lesión o muerte*. Si del hecho descrito en los artículos anteriores se siguiere para el abandonado alguna lesión personal, la pena respectiva se aumentará hasta en una cuarta parte. (...) Si sobreviniere la muerte, el aumento será de una tercera parte a la mitad.

- b) El peligro surge como consecuencia de una omisión, y
- c) Por disposición legal, el médico tiene un deber especial de protección (posición de garante) sobre la vida y la integridad física de los pacientes.

Córdoba Roda sostiene que "... los delitos omisivos son clasificados en tres grupos: a) infracciones de pura omisión, a cuyo tipo no pertenece más que una conducta omisiva, considerada con independencia de los resultados que no haya impedido; b) infracciones de omisión y resultado, en cuyo tipo a una determinada conducta omisiva se anuda, como su consecuencia, un determinado resultado; c) infracciones de comisión por omisión, que surgen cuando el sentido del tipo permite asegurar que la figura legal se limita a prohibir la causación de un determinado resultado, con independencia de que este resultado sea el efecto de un hacer positivo o el de un omitir..."<sup>123</sup>.

1. La *omisión de socorro* en el Derecho Penal colombiano puede ubicarse dentro de las dos primeras categorías. Es una infracción de pura omisión (Art. 45, inc. 1º del Decreto 522 de 1971), porque se estructura "... aun cuando la situación de peligro no haya aumentado después de la omisión, o incluso cuando esa situación de peligro haya disminuido sensiblemente o después de la inactividad del omitente..."<sup>124</sup>. Además, es una infracción de *omisión y resultado*, porque "... si de la falta de auxilio se siguiere la muerte, la sanción se aumentará hasta la mitad..." (Art. 45, inc. 1º in-fine, Dto. 522/71).

*Cualquier persona* puede ser sujeto activo de la omisión de socorro (contravencional). En cambio, para que alguien pueda ser autor de un delito de omisión impropia, es necesario que se encuentre "... vinculado de una manera tal con el bien jurídico, que es *garante* de la no producción de lesiones o de que no será puesto en peligro..."<sup>125</sup>. En otros términos, para que la omisión del autor pueda sancionarse *como si hubiera realizado activamente el comportamiento prohibido*, es necesario que exista una estrecha dependencia entre el sujeto y el bien jurídico.

De conformidad con la doctrina dominante<sup>126</sup>, las situaciones que originan esa estrecha vinculación entre el sujeto y el bien jurídico, y que lo convierten en *garante* del mismo, son las siguientes:

a) *La relación social que el omitente guarda con el titular del bien jurídico*. La íntima vinculación con el bien jurídico está determinada por la relación existente entre su titular y un sujeto que debe protegerlo o defenderlo de cualquier peligro que surja en su contra. Dentro de este grupo de casos, podemos ubicar los deberes de protección que surgen de una "... comunidad de vida..." (los padres respecto de sus hijos), o "... comunidad de peligro..." (varios excursionistas en una empresa arriesgada), o de la asunción voluntaria de un deber de protección a través de un negocio jurídico (el salvavidas

<sup>123</sup> CORDOBA RODA, Juan. Prólogo al libro *La omisión de socorro en el Código Penal*. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Biblioteca Tecnos de estudios jurídicos, Madrid 1966, pág. XXI.

<sup>124</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La omisión de socorro en el Código Penal*, ob. cit., pág. 73.

<sup>125</sup> BACIGALUPO, Enrique, *Delitos impropios de omisión*, Editorial Temis, Bogotá, 1983, pág. 138.

<sup>126</sup> Cfr. BACIGALUPO, Enrique, *Delitos impropios de omisión*, ob. cit., págs. 143 y ss. En el mismo sentido: NOVOA MONREAL, Eduardo, *Fundamentos de los delitos de omisión*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1984, págs. 135 y ss.

frente a los bañistas), o porque el deber de garantía está impuesto directamente por la ley (el médico con respecto a un paciente que se encuentra en grave estado) <sup>127</sup>.

b) *La vigilancia de una fuente de peligro.* En estos casos, como anota Bacigalupo, "... la posición de garante tiene aquí por contenido la dirección y el encauzamiento de algo que produce, por su utilización, peligro para bienes jurídicos en la vida social, por cuyo motivo un determinado sujeto o sujetos tienen como función evitar y prevenir daños..." <sup>128</sup>. Verbigracia, las empresas de transporte (aéreo, terrestre o marítimo) deben encauzar debidamente la fuente de peligro y por ello tienen un deber especial de protección sobre la vida de los usuarios. También se adquiere la posición de garante cuando se crea un peligro anterior (injerencia) que culmina en la lesión de un bien jurídico. Por ejemplo, el conductor que atropella a un peatón *levemente* y luego omite prestarle ayuda. Si como consecuencia de la omisión se produce la muerte, responde por el delito de homicidio <sup>129</sup>.

En síntesis, cuando como consecuencia de la falta de auxilio se produce la muerte, puede tratarse simplemente de una contravención (omisión de socorro) o de un delito de homicidio (omisión impropia), según que el autor tenga o no *posición de garante*. Sin embargo, en el derecho colombiano la situación adquiere especial interés cuando se trata de médicos o personal paramédico. En efecto, el precepto que describe la omisión de socorro (Art. 45 Dto. 522/71), agrava la conducta "... si el contraventor es médico, farmacéutico o practicante de medicina...". Entonces surge la pregunta: ¿en virtud del principio de especialidad deben ser sancionados por la contravención y no por el delito?

Nos parece que si el omitente es un profesional de la medicina y se produce el resultado de lesión o muerte, se trata de un delito de homicidio (doloso o culposo) por las siguientes razones:

a) *En este aspecto* (no en los demás, porque quedan vigentes las otras hipótesis allí planteadas para quienes *no* tienen posición de garante) el precepto que regula la omisión de socorro ha quedado parcialmente derogado. En efecto, cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado (posición de garante), *su no evitación equivale a la producción del evento prohibido, si la omisión eleva el riesgo para el bien jurídico*. Es decir, en estos casos, de acuerdo al Art. 21 del C. P., la no evitación de la muerte equivale a producirla.

De conformidad con el Art. 71 del Código Civil, se trata de una derogatoria tácita, porque el estatuto de ética médica y el Código Penal son normas posteriores que interpretadas sistemáticamente nos permiten concluir que se ha convertido una contravención en delito.

b) *Por ministerio de la ley* los médicos tienen a su cargo la protección de la vida y la integridad personal de cualquier ciudadano que solicite sus servicios, y solamente podrán excusarse en los casos *expresamente* señalados en el Código de Ética. Es decir, cuando el caso no corresponda a su especialidad;

<sup>127</sup> Cfr. BACIGALUPO, Enrique, *Delitos impropios de omisión, ob. cit.*, págs. 143-145.

<sup>128</sup> BACIGALUPO, Enrique, *Delitos impropios de omisión, ob. cit.*, pág. 146.

<sup>129</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *El delito de omisión de auxilio a víctima y el pensamiento de la injerencia*. Anuario de Derecho Penal y ciencias penales, Madrid, 1973, Separata, págs. 501 y ss.

cuando el paciente reciba la atención de otro profesional que excluya la suya o cuando el enfermo rehúse cumplir las indicaciones prescritas (Cfr. Arts. 3º y 7º de la Ley 23 de 1981 y Arts. 3º y 4º del Decreto 3380 de 1981).

En situaciones de *urgencia* no pueden excusarse y tienen la obligación de prestar atención, así se trate de un paciente recluido en una institución a la cual no pertenece el facultativo, o de un caso que escape a su especialidad, etc. Si no lo atienden y el paciente se agrava o fallece, responden penalmente si han disminuido una posibilidad de salvación (se requiere, obviamente, la capacidad material de evitar el resultado).

2. El Artículo 346 del Código Penal sanciona con pena de prisión el abandono de menores y personas desvalidas. Es decir, a quien se encuentra "... en incapacidad de valerse por sí misma..." (verbigracia, un enfermo grave), cuando se tiene *el deber legal de velar por ellos*. El Art. 348, *ibídem*, incrementa la pena si sobreviene la muerte.

La producción del resultado muerte nos coloca ante una problemática: ¿si el sujeto tiene un deber legal o jurídico de evitar la producción del resultado lesivo, qué precepto es aplicable? ¿El homicidio del Art. 323 en concordancia con el Art. 21 del C. P., o simplemente el 346 en concordancia con el 348 que sanciona el hecho en forma más benigna?

Bacigalupo resuelve la "contradicción" entre los Arts. 21 y 346 del Código Penal Colombiano, sosteniendo que deben distinguirse dos especies diversas de posiciones de garante: la del Art. 21 del C. P. que se refiere a un *deber jurídico* y la del Art. 346 que se refiere a un *deber legal*. La primera tendría más amplitud que la segunda, porque dentro de este concepto podríamos ubicar el deber de protección que surge de un comportamiento anterior (pensamiento de la injerencia) y no estrictamente de un expreso mandato legal<sup>130</sup>.

Nos parece que *no existe* ninguna contradicción entre las dos disposiciones, porque la conducta descrita en los Arts. 346 y 348 del C. Penal *no puede catalogarse como un delito impropio de omisión, sino como un delito de omisión y resultado que tiene la estructura propia del delito preterintencional*. Por consiguiente, el abandono de una persona que se encuentra en incapacidad de valerse por sí misma (v.gr., un enfermo grave que no ha recibido asistencia médica) tiene que ser doloso, y el resultado sobreviniente de lesión o muerte debe ser imputado a título de culpa.

En el abandono seguido de muerte (que constituye una forma particular de omisión de socorro), quien tiene el deber legal de velar por la persona desvalida *no quiere* producir el resultado muerte; el abandono no es el medio escogido para atentar contra la vida y la integridad personal. Este se produce como consecuencia de una conducta descuidada por parte del autor.

Si el sujeto *quiere* la producción del resultado (lesión o muerte) y el mecanismo utilizado es su inactividad, estamos frente a un delito impropio de omisión y la conducta debe ser sancionada como homicidio (Arts. 323, 324 C. Penal) cuando el autor tiene la obligación jurídica de actuar.

<sup>130</sup> BACIGALUPO sostiene que "...la única manera como, a nuestro modo de ver, podría solucionarse este problema es mediante una reelaboración legislativa del capítulo IV del Título XIII del Código Penal Colombiano...". *Delitos impropios de omisión, ob. cit.*, pág. 221.

El Art. 39 del Código Penal Colombiano establece que la conducta preterintencional "... sólo es punible en los casos expresamente determinados en la ley ...". La Corte Suprema de Justicia ha interpretado este precepto desde un punto de vista que podríamos denominar *formal*, porque sólo admite la modalidad preterintencional, cuando el tipo penal —*nominalmente*— ha sido catalogado como tal. Es decir, que exige una calificación expresa en la titulación del Código. Por esta vía, solamente una disposición del estatuto punitivo se refiere expresamente a la preterintención: el homicidio descrito en el Art. 325, rotulado de la siguiente manera: "*homicidio preterintencional*. El que preterintencionalmente matare a otro, incurrirá en la pena imponible de acuerdo con los dos artículos anteriores, disminuida de una tercera parte a la mitad ...".

Consideramos que el término *expresamente determinado en la ley* a que se refiere el Art. 39 del C. P. no puede interpretarse formalmente como lo hizo la H. Corte Suprema de Justicia<sup>131</sup>. La preterintención debe aceptarse cuando *la estructura* del tipo penal admita un primer resultado a título de dolo y otro a título de culpa. En otros términos, si de una interpretación teleológica y sistemática del precepto legal se desprende que el resultado más grave no es querido por el autor, pero se sanciona porque siendo *previsible* y *evitable* excedió la finalidad buscada por el mismo.

En el Código Penal Colombiano quedó proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, como lo proclama el Art. 5º de los principios rectores. Por consiguiente, el resultado más grave tiene que ser imputable a título de dolo o a título de culpa. En el abandono seguido de muerte, la lesión a la vida no puede ser ocasionada dolosamente, porque entonces el comportamiento se adecuaría en el tipo de homicidio (Art. 323 C. P.) a través del Art. 21 del Código Penal.

No puede entenderse que el Art. 346 del C. P. (abandono de menores y personas desvalidas) constituye un delito impropio de omisión, cuando se produce una lesión o la muerte del sujeto que se encontraba en incapacidad de valerse por sí mismo, porque ello conduciría a restarle —*casí* por completo— toda efectividad jurídica al Art. 21 del Código Penal, que extiende su mayor ámbito de aplicación en los delitos contra la vida y la integridad personal. En efecto, en virtud del principio de *especialidad*, si el delito de homicidio o de lesiones personales se realiza a través de una omisión (el abandono es un concepto muy amplio dentro del cual caben múltiples formas de comportamiento), la pena a imponer no sería la del homicidio simple o agravado si es del caso, sino la señalada en el Art. 346 del C. P.

Nos preguntamos entonces: ¿Desde el punto de vista de la política criminal, puede considerarse que merece menor reproche el homicidio ocasionado a través de una omisión (relación de medio a fin), que el realizado con base en una conducta activa? Esta posición no tendría ningún fundamento filosófico para reducir notablemente la pena aplicando el Art. 346 del C. P. La disminución punitiva consagrada en este precepto tiene precisamente justificación, cuando se trata de un comportamiento menos grave, es decir, culposo.

<sup>131</sup> Cfr. C.S.J., Sala Penal, Casación, abril 13 de 1984. M. P. Dante Luis Fiorillo Porras. Expediente N° 27.856. Con salvamento de voto de: Luis Enrique Aldana Rozo, Alvaro Luna Gómez, Fabio Calderón Botero y Alfonso Reyes Echandía.

Por las razones anteriores, el segundo resultado *no* puede ser atribuido a título de dolo, porque sería darle tratamiento diferencial a un comportamiento que merece socialmente el mismo reproche. Si el resultado intencional es el mismo, poco importa que se realice a través de una acción o de una omisión. Como la muerte o la lesión en ningún caso puede imputársele al sujeto, cuando es producto de un caso fortuito, no cabe otra conclusión distinta a la de afirmar que sólo puede ser atribuida al autor, a título de culpa.

En conclusión, a pesar de que el abandono seguido de muerte *no* fue *titulado* como una forma preterintencional, guarda la estructura de esta figura, porque el sujeto *quiere* producir un resultado (abandono) y como consecuencia de él se produce una lesión o la muerte. Resultados que eran previsibles y evitables para el autor (culpa).

Recapitulando lo expuesto, tenemos lo siguiente:

1. Si el autor *no* tiene posición de garante, su conducta es ubicable dentro de la omisión de socorro *contravencional* (Art. 45 del Decreto 522 de 1971).

2. Si el autor tiene posición de garante, se presentan tres alternativas:

a) Si la inobservancia del deber de cuidado elevó el riesgo de producción del resultado y el evento producido estaba dentro del fin de protección de la norma, se estructura un delito impropio de omisión (Art. 21, inc. 2, del C. P.). V.gr., el médico que por estar durmiendo o encontrarse embriagado no atiende oportunamente a un paciente, y muere por falta de auxilio. Responderá por homicidio culposo.

b) Cuando *no* se produce el resultado lesivo, o el médico *no* tenía la capacidad material (conocimientos técnicos o medios adecuados) para modificar la situación de peligro, la conducta es ubicable dentro de la *omisión de socorro delictual* (Art. 346, inc. 1º del C. P.). V.gr., el médico que *dolosamente* no presta auxilio a una persona desvalida, pero finalmente no sufre menoscabo alguno, porque otro facultativo la interviene oportunamente. O el caso del médico que decide *no* actuar y se muere el paciente. No obstante, debido a la complejidad de la enfermedad, el tratamiento sólo podía ser realizado por una persona altamente calificada.

c) Si sobreviniere la muerte o una lesión personal, como consecuencia de haber abandonado a una persona desvalida (no prestar atención médica es una forma de abandono), se responderá en la modalidad preterintencional, si el primer resultado es doloso y el más grave culposo. V.gr., el médico que decide no prestar auxilio a un paciente, confiado en que otro facultativo asumirá el tratamiento. Si se produce la muerte, o un daño a la integridad personal, el resultado más grave le es imputable, cuando ha elevado el riesgo de su producción (Art. 348 del C. P.).

#### B. La elevación del riesgo en el delito de omisión

De conformidad con el Art. 21 del Código Penal, "... cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, *no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo*...". Con base en este precepto concluimos que en el ordenamiento jurídico colombiano se le niega todo carácter causal a la omisión (obsérvese que la disposición dice: *equivale a producirlo*), y el resultado sólo puede atribuírsele al sujeto, partiendo de los criterios señalados por la teoría

de la imputación objetiva. Especialmente, la elevación del riesgo y el fin de protección de la norma. Como expresa Bacigalupo, "...la relación que debe existir entre el resultado no evitado y la omisión, por tanto, no es una relación de causalidad, sino de imputación objetiva..."<sup>132</sup>.

¿En qué casos la acción exigida podía evitar el resultado? La doctrina, según Gacigalupo, ha oscilado entre dos alternativas: a) exigir con absoluta seguridad, que de haberse realizado la acción exigida, el resultado no se hubiera producido, y b) basta con afirmar que la acción omitida *posiblemente* hubiera evitado el resultado<sup>133</sup>.

En otros términos: ¿debemos preguntarnos si la intervención del médico habría salvado al paciente?, ¿o simplemente, si la *no* actuación disminuyó una posibilidad de salvación? Nos inclinamos por la segunda posición. En nuestro concepto, el resultado le puede ser imputado al médico cuando tenía posibilidad (material y técnica) de influir con su conducta el estado del paciente. Poco importa que no existiera seguridad de éxito si hubiera actuado.

La *elevación del riesgo* adquiere importancia en la culpa por omisión y nos sirve para resolver algunos casos de negligencia en la actividad médica. Gunter Stratenwerth expresa que "...un aumento del peligro se da también, naturalmente, cuando se eliminan las posibilidades de salvamento de un bien jurídico amenazado o también *cuando se las disminuye*: si alguien detiene, por ejemplo, una ambulancia que se apresura para auxiliar a un accidentado, habrá que imputarle la muerte de éste si el traslado oportuno de la víctima al hospital hubiera aumentado las chances de supervivencia..."<sup>134</sup>.

Si un médico por negligencia (pereza o apatía) no atiende un paciente que llega en grave estado, y por esta razón tiene que ser trasladado a otro centro hospitalario, es indudable que si se produce la muerte, *desde el punto de vista causal* no ha ocasionado el resultado (en los delitos de omisión no existe causalidad). No obstante, como tiene una *posición de garante* frente a ese bien jurídico, el hecho de haber disminuido una posibilidad de salvamento implica la imputación del resultado. En este caso no importa que la operación oportuna no hubiere evitado la muerte. Basta con demostrar que subsistía culaquier esperanza (por remota que fuere) de salvar la vida con su intervención. El médico respondería por homicidio culposo.

La doctrina mayoritaria sostiene "...que la acción no realizada tiene que haber sido posible para quien no actuó..."<sup>135</sup>. Por esta razón, es un elemento del delito de omisión que el autor tenga *posibilidad física* de evitar el resultado. Dentro de este concepto se incluye la capacidad técnica del sujeto.

<sup>132</sup> BACIGALUPO, Enrique, *Delitos impropios de omisión*, ob. cit., pág. 90. Del mismo autor: *Manual de Derecho Penal*, ob. cit., pág. 229.

<sup>133</sup> Cfr. BACIGALUPO, Enrique, *Delitos impropios de omisión*, ob. cit., págs. 89 a 91. Del mismo autor: *Manual de Derecho Penal*, ob. cit., págs. 229-230.

<sup>134</sup> GUNTER STRATENWERTH, *Derecho Penal*, Parte General, ob. cit., pág. 84.

<sup>135</sup> WOLFGANG SCHÖNE, *El concepto de omisión y la negligencia*. Artículo publicado en la revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, *Derecho Penal y Criminología*, Volumen VIII, Nos. 27-28, 1985-1986. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1986. En este trabajo se explican ampliamente las diversas posiciones acerca de los presupuestos bajo los cuales puede hablarse de la posibilidad de la acción no realizada.

Si el médico no tiene los conocimientos especiales para intentar una acción de salvamento, no puede imputársele el resultado producido.

Este punto de los conocimientos especiales para intentar una acción de salvamento ofrece alguna dificultad en el derecho colombiano, porque el código de ética obliga al médico a prestar auxilio en *casos de urgencia*, así no tenga la capacidad técnica para hacerlo. (Cfr. Art. 7º, Ley 23 de 1981 y Arts. 3º, 4º, del Decreto 3380 de 1981). ¿Qué acontece si un facultativo *no capacitado* omite socorrer a un enfermo? ¿Responderá por el delito de homicidio (omisión impropia) o simplemente por abandono? (Art. 346, inciso 1º, C.P.).

En todas las situaciones de urgencia, es decir, cuando la afección ponga en peligro la vida o integridad de la persona y se requiera atención inmediata (Art. 3º, Dto. 3380/81), el médico tiene posición de garante. Sin embargo, cuando *no* tiene conocimientos especiales (capacidad técnica) para asumir el tratamiento, los daños a la integridad del paciente *no* le pueden ser imputados, porque no elevó el riesgo de producción del resultado. En efecto, si se requieren *especiales conocimientos* (o medios científicos adecuados) para lograr una intervención que pueda conseguir alguna mejoría en el paciente, con su omisión no estaría disminuyendo una posibilidad de salvación.

En estas hipótesis, respondería por abandono (Art. 346, inc. 1º del C.P.), porque lo decisivo en esta figura es un deber genérico de actuar. Es el deber de prestar auxilio a quien se encuentre en incapacidad de valerse por sí mismo (v.gr. un enfermo), así no se tengan conocimientos especiales para modificar la situación de peligro. Es punible el abandono, aunque la prestación de ayuda *no* hubiere impedido el resultado.

#### CONCLUSIONES

1. 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*.

2. La realización del peligro originado en la acción base, y el fin de protección de la norma, son criterios tomados de la imputación objetiva, que nos permiten solucionar el problema de las llamadas concausas sobrevinientes, como la culpa médica. Por esta razón, cuando la conducta imprudente o negligente del facultativo origina una nueva relación de riesgo que se concreta en el resultado, los daños ocasionados le pueden ser imputados *en forma exclusiva* (como en aquellos casos en que el daño más grave era evitable con una oportuna intervención) *o conjuntamente con quien desencadenó el peligro* (se trata de situaciones en las cuales el bien jurídico estaba irremediabilmente perdido).

3. El derecho penal no prohíbe conductas que impliquen una mejoría para el bien jurídicamente tutelado. Por lo tanto, no pueden ser imputados objetivamente aquellos resultados que formalmente impliquen una lesión, si constituyen *disminución del riesgo* para la vida y la integridad personal, considerada integralmente.

4. La disminución del riesgo *no es ubicable dentro del estado de necesidad justificante* (Art. 29-5 Código Penal), por dos razones fundamentales: a) Porque no estamos frente a una *colisión de bienes jurídicos*, y b) porque no es necesaria la *actualidad* o *inminencia* del peligro. No es punible ocasionar una "lesión personal" para evitar daños futuros.

5. Cuando el bien jurídico de la vida o la integridad personal está *irremediablemente perdido, acelerar o adelantar el resultado como consecuencia de la infracción a un deber de cuidado por parte del médico* implica la imputación de ese resultado. En estos casos, por analogía *in bonam partem*, la pena no debe ser superior a la consagrada en el homicidio por piedad (eutanasia).

6. El resultado producido no le es imputable al médico *cuando se produce por fuera del fin de protección de la norma*. Los deberes de cuidado están instituidos *para evitar determinados resultados*, y no en abstracto, cualquier evento lesivo.

7. Si la infracción al deber objetivo de cuidado *elevó considerablemente el riesgo* de producción del resultado, le es imputable al médico, aunque probablemente también se hubiera producido con una actuación reglamentaria.

8. Si por negligencia no se atiende un paciente que se encuentra en grave estado, y se descuida en el mismo centro hospitalario, o tiene que ser trasladado a otro donde fallece, el sólo hecho de *disminuir una posibilidad de salvamento implica un incremento del riesgo para el bien jurídico*, que hace responsable al médico por homicidio culposo.

9. El error técnico del facultativo, es decir, apartarse de las reglas del arte médico (*lex-artis*), no constituye ipso-jure la realización de un delito culposo. *La pauta fundamental para precisar la infracción al deber de cuidado no es tanto la determinación del fallo científico en sí, sino el porqué se produjo*. Es concebible un fallo técnico que no implique violación al deber objetivo de cuidado.

10. El deber exigible es el del *ámbito de relación* en el cual se desenvuelve el sujeto, teniendo en cuenta sus capacidades excepcionales. No es el cuidado exigible a ese sujeto en concreto cuando sus capacidades individuales son inferiores a las requeridas en el tráfico jurídico.

11. La primera exigencia general de cuidado es la *de advertir el peligro y la probable evolución del mismo*. Se infringe entonces el deber objetivo de cuidado cuando el médico, pudiendo hacerlo, no realiza los exámenes pertinentes, utilizando la técnica moderna. O cuando emprende una operación o suministra una anestesia, sin que previamente se hubiere valorado al paciente, para hacer un cálculo aproximado de las condiciones del mismo y de la evolución de su enfermedad.

12. Existe *culpa por asunción del riesgo* cuando se emprende un tratamiento quirúrgico o terapéutico para el cual no se está capacitado (salvo la actualidad o inminencia de un peligro no evitable de otra manera), así durante él el médico despliegue toda la diligencia y el cuidado posible.

13. Al médico y a los profesionales en general se les exige un deber de preparación e información permanente. *Es un deber de preparación que debe mirarse en concreto: idoneidad para asumir un determinado tratamiento*. Se descartan, por consiguiente, abstracto títulos de capacitación, cuando no domina la técnica que utilizó.

14. Autor de un delito culposo es aquel que *viola un deber objetivo de cuidado, incrementando el riesgo que se concreta en la producción del resultado*. Como en el delito culposo no es admisible la coautoría ni la participación, si no es posible individualizar dentro de los varios miembros del equipo donde se originó indebidamente el peligro que culminó en el daño a la integridad del paciente, ninguno responde penalmente.

15. Cuando hay trabajo en equipo, y mientras no surjan circunstancias excepcionales (principio de defensa) si los compañeros de trabajo tienen *autonomía científica*, el derecho autoriza a esperar de los demás un comportamiento reglamentario. Se responde por el cuidado propio y no por el cuidado ajeno (principio de confianza).

16. La medicina se ocupa de un objeto múltiple, variado, por lo cual no es posible darle la certeza que caracteriza a las ciencias físicas y matemáticas. Por esta razón, la *responsabilidad médica comienza donde terminan las discusiones científicas razonables*.

17. Cuando el médico no atiende a un enfermo grave, y como consecuencia de ello se produce un daño en su integridad personal, responderá por cualquiera de estas dos modalidades: a) Por un delito impropio de omisión (Art. 21 del Código Penal), si la falta de atención al paciente le es imputable a título de culpa. b) Por el delito de abandono (Arts. 346-8 del Código Penal) en aquellas situaciones en que *dolosamente* no presta auxilio, pero confía en que no se producirá un resultado más grave (preterintención).

18. Si el tratamiento del paciente requiere la atención de personas altamente calificadas o de técnicas especiales que no estén a su alcance, *no* disminuye una posibilidad de salvación el médico que omite prestar auxilio. Por ende, si no eleva el riesgo de producción del resultado, no le puede ser imputado.