

**AUTORÍA E IMPUTACIÓN OBJETIVA, DIFERENCIACIÓN DE ÁMBITOS DE
RESPONSABILIDAD AJENA**

CARLOS EDUARDO ANGULO VIVAS

UNIVERSIDAD EAFIT
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
MEDELLÍN
2013

**AUTORÍA E IMPUTACIÓN OBJETIVA, DIFERENCIACIÓN DE ÁMBITOS DE
RESPONSABILIDAD AJENA**

Presentado por:
CARLOS EDUARDO ANGULO VIVAS

Trabajo de grado presentado como requisito para aspirar al título de
MAGISTER EN DERECHO PENAL

Asesor:
ALFONSO CADAVID QUINTERO

**UNIVERSIDAD EAFIT
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
MEDELLÍN
2013**

Hoja de aceptación

Firma del Presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

Medellín, julio de 2013.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
RESUMEN.....	6
INTRODUCCIÓN.....	7
1. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.....	11
1.1. La creación del riesgo no permitido.....	12
1.1.1 Fundamentos teóricos de los criterios de creación del riesgo y realización del riesgo no permitido en el resultado.....	13
1.1.2 Criterios de creación de riesgo de determinación de la creación de riesgos jurídicamente desaprobados.....	14
1.1.2.1 Según Günther Jakobs.....	15
1.1.2.2 Según Wolfgang Frisch.....	18
1.1.2.3 Según Claus Roxin.....	21
1.1.2.4 Según Bernardo José Feijóo.....	22
1.1.2.5 Según Fernando Guartame Sánchez Lázaro.....	26
1.2 La realización del riesgo no permitido en el resultado.....	29
1.3. El alcance del tipo.....	32
2. LA ATRIBUCIÓN A UN ÁMBITO DE RESPONSABILIDAD AJENA.....	35
2.1. Imputación de lesiones consecutivas relacionadas con tratamientos médicos.....	35
2.1.1 Según Wolfgang Frisch.....	36
2.1.2 Según Claus Roxin.....	37
2.1.3 Según Yesid Reyes Alvarado.....	38
2.1.4 Según Bernardo José Feijóo.....	41
2.2 Otros eventos de lesiones consecuenciales.....	43
2.3 Conclusiones.....	46
3. ANALISIS DE CASOS.....	49
3.1 Caso uno: concurrencia de comportamiento doloso y posteriormente culposo.....	49
3.2 Caso dos: caso de concurrencia de omisiones de tratamientos médicos..	57
3.3 Caso tres: concurrencia de dos comportamientos culposos.....	65
4. CONCLUSIONES.....	73

BIBLIOGRAFÍA.....77

AUTORÍA E IMPUTACIÓN OBJETIVA, DIFERENCIACIÓN DE ÁMBITOS DE RESPONSABILIDAD AJENA

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo determinar, desde las exigencias de la autoría e imputación objetiva, la incidencia en la responsabilidad de un sujeto que creó un riesgo jurídicamente desaprobado para la vida o la salud de una persona, de la creación posterior de otro riesgo por un fallo médico, de manera independiente y sucesiva, pero anterior al resultado típico.

INTRODUCCIÓN

Se pretende, con este breve escrito, dar una mirada a la teoría de las esferas o ámbitos de responsabilidad ajena, en los casos en que el actor con su conducta dañosa pudiera romper el nexo de imputación entre el resultado final y el actor generador del riesgo inicial en un hecho delictivo.

La imputación en estos casos debe reconocer que determinados profesionales, dentro del marco de sus actividades, cuentan con competencias respecto de la eliminación y vigilancia de fuentes de peligro, que pueden conducir a resultados lesivos para determinar el grado de responsabilidad del generador inicial del riesgo que motivó a requerir la atención médica. Lo anterior tiene gran importancia respecto de las actividades que sirven para combatir peligros, como son las ejercidas por miembros de la fuerza pública, bomberos, médicos etc¹.

El problema a tratar en la presente investigación corresponde al grupo de casos que el profesor alemán Claus Roxin considera los más difíciles y menos aclarados en este campo²: atinente a los eventos de fallo médico posterior a otro riesgo desaprobado generado por un actor inicial. La relación entre realización del riesgo en el resultado y la consideración de un sujeto como autor dependerá de que se domine la realización delictiva y con ella el proceso de riesgo tendiente a la lesión del bien jurídico, lo que podría predicarse de varios autores o uno de ellos. En este contexto, la concurrencia de acciones independientes, obliga a diferenciar el dominio sobre el proceso global de riesgo y la responsabilidad de quien no tiene ese dominio, pero que con su actuación también propicia la afectación del bien jurídico y definir sí, de no tener el dominio de la realización, podría por lo menos ser tenido como partícipe aún en un delito culposo. Se presenta así la posibilidad de que la

¹ ROXIN, Claus. Derecho General, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la Segunda Edición Alemana por Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y Javier de Vicente. Madrid: Editorial Civitas, 1997. Pág. 400.

² Ibidem. Pág. 400.

actuación ilícita posterior a la inicial desestructure la imputación al primer sujeto o permita mantenerla y se admita atribuir o no el carácter de autor al segundo actor.

Para desarrollar los objetivos de la presente investigación debe entenderse la imputación objetiva, en el ámbito del tipo, como el nivel de análisis que permite la conexión del resultado típico a una conducta y considerarlo obra de su autor. Los elementos del tipo deben delimitar el alcance de la lesión o puesta en peligro tipificada, que constituyen el hecho a imputar y deben distinguirse de las condiciones que permiten atribuir el resultado a un sujeto. La imputación objetiva supone comprobar las condiciones que permiten atribuir a un sujeto la lesión o puesta en peligro descrita en el tipo, mediante la exigencia de determinados elementos específicos.

La evolución teórica ha ido incluyendo en el ámbito de la imputación objetiva otros criterios distintos al de la creación del riesgo, como el de la intervención de la víctima o de terceros, la competencia que corresponde a un rol social, entre otros. Criterios que ayudan a determinar cuándo se puede y cuándo no se puede imputar el hecho a un sujeto, los cuales deben entenderse como parte de la imputación objetiva.

La utilización de todos estos criterios ayuda a determinar la distribución de la imputación entre sujetos (autores y partícipes), mediante la delimitación de sus esferas de responsabilidad. La cuestión ya no es aquí si el sujeto creó con su conducta un riesgo que se haya realizado en el resultado, sino, a cuál o cuáles de los distintos sujetos que se hallan en dicha relación de riesgo ha de atribuírsele el resultado y en qué medida. No es autor del delito todo aquel que interviene en él, creando junto a otros el riesgo realizado en el resultado, debido a que también puede crear el riesgo el cómplice, pero sólo el autor tiene con el resultado final (muerte) la relación que permite imputárselo como suyo; es necesario aclarar que estamos hablando de dos riesgos independientes y típicos; el propio del cómplice y el del autor. Para la imputación de un tipo de

autoría no basta la relación de riesgo, es necesaria además la relación de pertenencia a título de autor. La complicidad supone una diferente imputación jurídica al resultado principal,³ ello debido a que a pesar de ayudar a otro a crear un riesgo, el cómplice no lo domina; pero no por esto la conducta que desarrolla es irrelevante penalmente. Dichas imputaciones que se le pueden realizar a un colectivo en delitos dolosos como culposos, dándose la posibilidad de distinguir entre autores o partícipes (cómplice) como consecuencia de la realización de conductas de forma coincidente, paralela, concurrente o sucesiva,⁴ siendo esta última la de relevancia en nuestro tema de análisis.

Este trabajo se desarrolló en tres capítulos; el primero de ellos denominado la imputación objetiva donde se enuncian y desarrollan los criterios necesarios para imputar un resultado jurídico penalmente relevante, fundamentado en la teoría de la imputación objetiva y sus requisitos, los cuales, se encuentran sucesivamente estructurados según la doctrina mayoritaria de la siguiente manera:

- La creación del riesgo no permitido
- La realización del riesgo no permitido en el resultado.
- El alcance del tipo en tres grupos de casos en los que rige algo distinto a la regla general como son; la cooperación en una autopuesta en peligro, la puesta en peligro de un tercero consentida por éste y la imputación del resultado a un ámbito de responsabilidad ajeno.

En el segundo capítulo se tratará la atribución a un ámbito de responsabilidad ajena, específicamente se analizarán los problemas que resultan de los

³ MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2003, núm. 05-05, p. 05:1-05:19. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc05-05.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 05-05 (2003), 24 oct]. Consultado el 8 de febrero de 2012.

⁴ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. Homicidio y Lesiones Imprudentes: Requisitos y Límites Materiales. Zaragoza: Editorial Edijus 1999. Págs. 76 a 78.

tratamientos médicos que son consecuencia necesaria de una conducta típica para prevenir o atenuar sus efectos lesivos.

En el tercer capítulo se analizarán varias sentencias de la Corte Suprema de Justicia referentes a la concurrencia o la sucesión de actuaries imprudentes, las cuales se compararan con los criterios analizados en el segundo capítulo.

1. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

En el presente capítulo se desarrollarán los criterios necesarios para imputar un resultado jurídico penalmente relevante; fundamentado en la teoría de la imputación objetiva y sus requisitos, los cuales se estructuran sucesivamente de la siguiente manera: la creación del riesgo no permitido, la realización del riesgo no permitido en el resultado y el alcance del tipo.

Como presupuesto de la imputación objetiva de un resultado a una conducta, es necesario establecer, desde una perspectiva científico-naturalística, cuál ha sido el devenir de unos acontecimientos, por qué se han producido dichos hechos y las posibles razones de estos, para ello necesitamos indiscutiblemente de la causalidad como presupuesto. En un segundo momento debe entrarse a determinar a quién puede imputarse el riesgo típico relevante jurídico-penalmente, creado por la conducta dolosa o imprudente de una o varias personas o no controlado por quién tenía la competencia y el deber de hacerlo. Determinando así quién tenía el deber de evitar el riesgo o lesión de ese bien.

Es clara la importancia en esta primera etapa de la relación de causalidad como presupuesto en la teoría de la imputación objetiva.

Como requisito mínimo para poder atribuir un resultado a una determinada conducta, es necesario inicialmente establecer si entre esa acción y ese resultado existe una relación de causalidad desde una perspectiva natural y “se puede recurrir para ello al método de la explicación causal de acuerdo con leyes (generales) de la naturaleza, leyes fenoménicas, leyes científicas o reglas de la experiencia”⁵. Comprobar la existencia de la relación de causalidad es el primer paso de la imputación objetiva, sin ser ésta la única condición.

Establecida dicha causación procede indagar si el resultado es imputable objetivamente, lo cual se establece mediante el desarrollo de los requisitos de

⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. Obra citada. Pág. 32.

la imputación objetiva; teoría que ha desarrollado un conjunto de herramientas o criterios con los cuales se pretende imputar jurídico penalmente las consecuencias del comportamiento humano⁶, que se pueden sintetizar así: el resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro desaprobado jurídicamente para el bien jurídico, que se haya realizado en el resultado concreto; la existencia de dicho riesgo se establece cuando se dan un conjunto de condiciones suficientes para explicar la conducta típica resultante, por ejemplo, una muerte, unas lesiones o unos daños, de acuerdo con las leyes científicas o de la experiencia intersubjetivamente reconocidas. “Resultado que solo se puede imputar al actor si éste tiene un dominio objetivo sobre ese riesgo”⁷. El anterior análisis resulta ser poco complejo cuando existe una relación causal directa entre la conducta y el resultado sin que se interponga el comportamiento de otros sujetos.

Para responder por el delito consumado es necesario un primer análisis para determinar si la acción del autor ha creado un riesgo típico o ha elevado el riesgo existente para el bien jurídico. Una segunda valoración se hace después de ocurrido el resultado y con ella se determina si ese peligro se ha realizado en el resultado concreto, niveles que a continuación se entrarán a desarrollar.

1.1. La creación del riesgo no permitido

La creación de un riesgo desaprobado requiere de un juicio ex ante sobre la conducta, valoración de gran relevancia en las actividades consideradas como peligrosas, especialmente cuando hay parte de dichos riesgos que no pueden ser previsibles ni evitados. Motivos por los cuales determinadas conductas son consideradas peligrosas, peligrosidad que no es estática. Algunos criterios que determinan dicha condición, pueden ser: la utilidad de la conducta, las posibilidades técnicas para controlar el peligro inherente a la actividad y los

⁶ CHAIA, Rubén A. Responsabilidad Penal Médica. 1ª ed., Buenos Aires: Editoria Hammurabi, 2006. Pág. 152.

⁷ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. Obra citada. Págs. 36 y 37.

costos que la evitación de todos los riesgos posibles implicaría para la sociedad en general, empresas y trabajadores entre otros.

Otro ámbito que cabe dentro del riesgo permitido es el de las reglas de configuración social. Las lesiones en el deporte serían uno de estos supuestos. En estos casos no se trata de un conflicto entre utilidad social y el peligro de lesión, sino de la aceptación de determinadas prácticas deportivas peligrosas. La valoración jurídica de determinadas opciones sociales será la que determine que una conducta pase de ser socialmente adecuada a inadecuada y, por tanto, no permitida, o que de ser socialmente inadecuada pase a considerarse adecuada y, por consiguiente, permitida⁸.

Por tales motivos, los límites entre el riesgo permitido y no permitido hay que establecerlos en una valoración ex ante de los beneficios que se obtengan con la realización de determinadas acciones u omisiones, al igual que los criterios de configuración social. Para determinar el ámbito del riesgo permitido se deben valorar la utilidad social de la actividad en que se desarrolla la conducta, la amplitud y proximidad de la lesión al bien jurídico; estableciendo en este último criterio, el grado de probabilidad de lesión y la clase de bienes jurídicos amenazados.

1.1.1 Fundamentos teóricos de los criterios de creación del riesgo desaprobado y la realización del riesgo no permitido en el resultado.

Para imputar un riesgo a una persona no es suficiente que dicho sujeto tenga la posibilidad de evitar una situación de peligro para el bien jurídico, se deben dar unos requisitos para establecer la imputación más allá de la posibilidad psicofísica de evitar un hecho tipificado en la ley penal; para llegar a tal resultado la teoría de la imputación objetiva ha utilizado diferentes

⁸ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Imputación Objetiva y Principio de lesividad. Revista Argentina de derecho penal y procesal penal Disponible en internet: <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=47797&print=2>. Consultado el 24 de julio de 2012.

construcciones teóricas, entre las que resultan de gran utilidad criterios como el de la competencia o los ámbitos de responsabilidad desarrollados por Jakobs⁹, criterios que han ayudado al desarrollo progresivo de la teoría de la imputación objetiva. Dado que algunos de los criterios propuestos en los orígenes de esta teoría no ayudaban a resolver muchos casos, se ha ido recurriendo progresivamente a criterios como el fin de protección de la norma, la disminución del riesgo, la autonomía de la víctima y muchas otras teorías que pretenden llenar algunos vacíos en la teoría de la imputación objetiva.

Dichos criterios deben ser observados de forma conjunta, pues se originan sobre una base común, lo que permitiría definir a la imputación objetiva como una teoría y no como un conjunto de criterios de imputación¹⁰. Lo que se pretende con la teoría de la imputación objetiva es seleccionar las conductas que resultan de interés para el derecho penal y que pueden ser reprochadas a un determinado sujeto. Con los criterios a estudiar a continuación se determina entre otros aspectos si un sujeto es portador de un rol especial, si es un garante, de quién se debe esperar determinada conducta.

1.1.2 Criterios de determinación de la creación de riesgos jurídicamente desaprobados:

Para establecer la creación del riesgo no permitido y la realización del mismo en el resultado, se han desarrollado una gran cantidad de criterios o presupuestos.

Una exigencia fundamental para que exista riesgo es que la conducta entrañe la posibilidad de afectar el bien jurídico tutelado. Después de ello habrá que valorar los criterios en función de los cuales se desaprueba jurídicamente dicho riesgo.

⁹ FEIJÓO, SÁNCHEZ, Bernardo José. Obra citada. Págs. 37 y 38.

¹⁰ REYES ALVARADO, Yesid. Obra citada, Págs. 75 y 76.

A continuación se destacarán los criterios planteados por algunos autores a efectos de la desaprobación jurídica de los riesgos. En concreto se aludirá a los de los profesores Günther Jakobs, Wolfgang Frisch, Claus Roxin, Bernardo José Feijóo Sánchez y Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro, que cubren un espectro importante de los planteamientos propuestos al respecto, para luego abordar la discusión sobre la imputación del resultado en casos de lesiones consecutivas relacionadas con tratamientos médicos.

1.1.2.1 Günther Jakobs

Teoría de las competencias.

Como consecuencia de los contactos sociales se pueden producir defraudaciones, eventos en los cuales deben intervenir como mínimo dos personas, una víctima y un autor, este último término debe ser utilizado de forma provisional; en estos eventos siempre cabe identificar terceras personas como fabricantes y distribuidores de productos los cuales pueden ser potenciales autores de la afectación de bienes jurídicos. La imputación objetiva del comportamiento depende según este autor del desarrollo de cada sociedad, en el caso de una sociedad altamente tecnificada se impondrá a fabricantes y distribuidores que los productos no produzcan nuevos riesgos, contrariamente en el evento de una sociedad con necesidad de avances técnicos se tolerará un cierto número de riesgos. La imputación o no de un comportamiento depende de la sociedad concreta.

En el marco de la imputación se vinculan un suceso en el mundo y un destinatario de imputación, siendo el destinatario aquel a quien pertenece el suceso; por haberlo creado o por haber permitido que tuviese lugar, pero la sola causación es insuficiente para fundamentar la imputación. Los intervinientes en ese contacto social no están obligados a evitar todos los daños posibles, por ejemplo el fabricante de automóviles debe construirlos conforme al estándar, todo lo demás no le atañe. El objetivo de la imputación

del comportamiento corresponde a que se imputen aquellas desviaciones respecto de las expectativas que se refieren al portador de un rol; refiriéndose a un sistema de posiciones definidas de modo normativo y que puede estar ocupado por individuos cambiantes¹¹.

Fundamentado en los roles de autor, víctima y terceros ha de determinarse a quien le compete el acontecer relevante, por haber quebrantado su rol por haberlo administrado de forma deficiente y por ello responder jurídicamente, o en caso de ser la víctima asumir el daño al bien jurídico por sí misma.

Respecto de la omisión, es evidente que no todos responden por cualquier consecuencia dañina que estén en condiciones de evitar, solo se hallan obligados a ello quien son titulares de una posición de garantía, como es el caso de quienes participan en las organizaciones constitutivas de la sociedad, como el padre y la madre garantes de los hijos; el Estado garante de la seguridad interior y exterior; determinados médicos en el sistema de salud pública, etc. Igualmente los deberes derivados de organizaciones que existen junto a estos deberes institucionales, como los deberes de tráfico, en cuanto deberes de aseguramiento, deberes que pertenecen al rol de aquellos que asumen libertad de organización.

El derecho a la libre organización lleva como consecuencia el deber de ocuparse de que ésta no resulte dañina, se trata de un rol genérico de toda persona de reclamar derechos de libertad y de reconocer los derechos de los demás. Continuando en el ámbito de la omisión, los roles igualmente funcionan a la vez como límites de responsabilidad: el médico no está obligado a evitar daños patrimoniales a su paciente. Quien se mantiene dentro de los límites de su rol, no responde de un curso lesivo aun en el caso de que pudiese evitarlo

¹¹ JAKOBS GÜNTHER. La Imputación Objetiva en derecho penal. Págs. 15 a 24.

perfectamente. El médico está obligado a preservar al paciente de riesgos de enfermedad solo en la medida en que ello corresponda a un buen estándar¹².

En el campo de la comisión es necesario describir determinados límites a los roles de modo equivalente a las posiciones de garantía, sin cuya superación no debe imputarse un curso lesivo aunque se haya causado de modo perfectamente evitable:

- No forma parte del rol de cualquier ciudadano que elimine cualquier riesgo de lesión de otro. **Existe un riesgo permitido.** En cualquier actividad se establece un buen standard de comportamiento y el riesgo residual está permitido. La sociedad no es un mecanismo cuyo único fin sea la protección máxima de bienes jurídicos, sino que está destinada a hacer posible las interacciones y la prohibición de cualquier puesta en peligro, de toda índole, imposibilitaría la realización de todo comportamiento social¹³.
- Cuando el comportamiento de los seres humanos queda entrelazado, no forma parte del rol del ciudadano controlar permanentemente a todos los demás; de otro modo, no podría haber reparto de trabajo. **Existe un principio de confianza.** Este aparece en todos los ámbitos vitales, puesto que en todas partes cabe encontrar organización en régimen de reparto de tareas. Y no es posible imaginar una sociedad sin este punto de partida.
- **Existe una prohibición de regreso,** con el contenido de que un comportamiento estereotipadamente inocuo no constituye participación en una organización no permitida. Ejemplos de esto pueden ser las actuaciones de un panadero o de un taxista cuando el autor compra una barra de pan para envenenarla, o va en un taxi de X a Y para cometer

¹² JAKOBS GÜNTHER. La Imputación Objetiva en derecho penal.. Págs. 24 a 26.

¹³ JAKOBS GÜNTHER. La Imputación Objetiva en derecho penal. Pág. 26 y 27.

en Y un asesinato. En nada son responsables el panadero o el taxista. Pueden discutirse los límites de la prohibición de regreso. Sin embargo, debe reconocer el principio, quien quiera seguir garantizando que no se ahogue en la masa de los posibles contactos sociales, la libertad de perseguir los respectivos fines propios. Una sociedad que está necesitada de que se ofrezcan prestaciones estereotipadas, más aún, que requiere en general la existencia de condiciones estereotipadas del comportamiento social, no puede renunciar a una prohibición de regreso¹⁴.

- **Existe una competencia de la víctima.** Pueden darse eventos en los que la configuración de un contacto social competa no sólo al autor, sino también a la víctima y en el sentido: de que con su comportamiento ella misma se haya expuesto a la consecuencia lesiva cuando unilateralmente opte por exponerse al riesgo aunque materialmente sea dominado por otro. El caso más conocido de competencia de la víctima por su comportamiento corresponde al consentimiento¹⁵.

1.1.2.2 Según Wolfgang Frisch.

El profesor Alemán WOLFGANG FRISCH, en su texto *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*, desarrolla algunas características que deben cumplir los comportamientos para poder ser considerados como típicos, en los delitos de resultado, ofreciendo así herramientas jurídico penales útiles para el desarrollo de los objetivos de esta investigación.

En el caso de los comportamientos culposos, la sola causación de un resultado no puede servir para considerar típica la actuación, debe analizarse la imprudencia y como elemento central de ella, la creación de un peligro no tolerado con respecto al bien jurídico y que dicha peligrosidad del

¹⁴ JAKOBS GÜNTHER. La Imputación Objetiva en derecho penal. Pág. 31.

¹⁵ JAKOBS GÜNTHER. La Imputación Objetiva en derecho penal.. Págs., 31 a 35.

comportamiento se materialice en el resultado, el cual se debe presentar como la realización del riesgo desaprobado¹⁶.

Los delitos de resultado dolosos, corresponden a comportamientos con “los que el autor persigue la producción del respectivo resultado típico o con cuya ejecución prevé este resultado como de segura o posible producción”¹⁷, vienen dados por la conducta de una persona que directamente, sin intermediación de la víctima o de un tercero incrementa el riesgo, favorece positivamente o amenazan con generar menoscabos de bienes jurídicos, como estrangular, golpear, tirar al suelo, atropellar¹⁸, etc.

Los casos de creación de peligros desaprobados en supuestos de garante, se presentan en los eventos en los cuales un sujeto cuenta con ciertos deberes especiales referidos a la evitación de determinados menoscabos de bienes jurídicos; como garante debe contrarrestar los peligros que amenacen al titular del bien jurídico, le incumbe continuamente el deber protección, tiene así mismo que omitir, en la medida de lo posible, creaciones de peligros en dirección a los menoscabos que ha de prevenir, como es el caso de los padres respecto de sus hijos. Se estructura la creación de peligros desaprobados cuando el garante realice comportamientos que sean apropiados para favorecer, facilitar, posibilitar u ocasionar la conducta delictiva de terceros. Además de esta extensión de la responsabilidad por imprudencia, mediante el criterio de la posición de garante se amplían así mismo las posibilidades de comportamientos típicos dolosos; se presentan dichos eventos cuando el sujeto asume que como consecuencia de su comportamiento se presenta la oportunidad de estar posibilitando o favoreciendo un delito de un tercero hacia su tutelado.

¹⁶ FRISCH, Wolfgang. Comportamiento Típico e imputación del resultado, Traducción de la edición alemana (Heidelberg, 1988) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serreno González de Murillo (Universidad de Extremadura). Marcial Pons. Barcelona: Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 2004. Págs. 48 a 50.

¹⁷ FRISCH, Wolfgang. Obra citada. Pág. 52.

¹⁸ FRISCH, Wolfgang. Obra citada. Pág. 52.

No debe limitarse la anterior posición de garante a las personas obligadas por ley, como en el evento de los padres; igualmente se deben considerar ciertas autoridades y funcionarios que dentro de determinados subsistemas y ámbitos materiales, han de velar porque no se realicen acciones específicas o no actúen personas que no dispongan de la capacidad o fiabilidad requerida y que por tanto puedan convertirse en un peligro para los bienes jurídicos¹⁹.

La creación del riesgo desaprobado es una cuestión de la conducta típica, es necesario establecer qué parámetros rigen para la determinación del riesgo desaprobado; qué casos de creación de riesgos están desaprobados; en qué casos de creación de riesgos cabe hablar de tal desaprobación; todos estos criterios que deben ser utilizados al momento de definir la autoría directa como la participación²⁰.

Para verificar si el riesgo respectivo está desaprobado o no, se debe establecer si fue generado mediante comportamiento prohibido; se trata de conductas relevantes socialmente y por tal son objeto de regulación jurídica, normatividad que contiene reglas dirigidas a reducir o excluir los peligros conectados a determinadas conductas. Ejemplo de ello, las normas que se encaminan a la reducción de peligros conectados con el ejercicio de ciertas profesiones o actividades, como la construcción, las normas de seguridad relativas a vehículos automotores, bicicletas, aeronaves, etc. No es relevante la fuente jurídica, únicamente se requiere que se trate de normas vinculantes para el respectivo ámbito de regulación; como mandatos de detenerse, limitaciones de velocidad, reglas de seguridad para la construcción o para la circulación en vehículos. Es claro que las simples violaciones a las reglas, no constituyen el injusto de conducta.

En la actualidad gran cantidad de acciones u omisiones del ser humano nacen del resultado del disfrute de los avances tecnológicos que representan

¹⁹ FRISCH, Wolfgang. Obra citada. Págs. 374 y ss.

²⁰ FRISCH, Wolfgang. Obra citada. Pág. 74.

considerables beneficios sociales frente a un mínimo de peligrosidad, los cuales traen como consecuencia el surgimiento de una gran cantidad de riesgos y deben ser mantenidos dentro de ciertos límites tolerados. Dicha tolerancia no solo depende de los beneficios sociales o de las reglas de adecuación social, igualmente es indispensable la absoluta indeterminación social de las potenciales víctimas de ese riesgo residual y deben ser desaprobadas todas aquellas conductas que excedan el riesgo permitido, lo cual cubre no solo aquellas actividades que han sido desplegadas a pesar de ser socialmente prohibidas, sino también las que siendo toleradas han sido ejecutadas sin la observancia de las normas de cuidado previamente establecidas para la minimización del riesgo²¹.

1.1.2.3. Propuesta de Claus Roxin.

Según Roxin, si el comportamiento ha creado un riesgo no permitido para el bien jurídico, que se ha realizado en el resultado concreto, y esa consecuencia se encuentra dentro del alcance del tipo, el resultado es imputable al autor, de modo que se cumple el tipo objetivo. Considera que no se da la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado en los siguientes casos: en los de disminución del riesgo; cuando falta la creación de un riesgo, debido a que la acción del autor modifica un curso causal disminuyendo el peligro para la víctima, mejorando con dicha acción la situación del bien jurídico²². También falta la creación del peligro desaprobado, al no disminuir o aumentar de modo jurídicamente considerable el riesgo de lesión de un bien jurídico, cuando se incita a otro a realizar actividades normales y jurídicamente irrelevantes, como pasear bajo una tormenta, conductas que excepcionalmente pueden dar lugar a accidentes²³. Se excluye la creación de riesgos jurídicamente desaprobados, cuando se trata de un riesgo que de modo general están permitido, ejemplo de ello son las lesiones causadas en una pelea de boxeo reglamentaria, o la

²¹ FEIJÓO, SÁNCHEZ, Bernardo José. Obra citada. Págs. 97 y 98.

²² ROXIN, Claus. Derecho General, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la Segunda Edición Alemana por Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y Javier de Vicente. Madrid: Editorial Civitas, 1997. Págs. 365 y 366.

²³ ROXIN, Claus. Obra citada. Págs. 366 y 367.

conducción con el cumplimiento de todas las exigencias para el tráfico viario entre otros eventos²⁴.

1.1.2.4. El planteamiento de Bernardo José Feijóo.

La creación de riesgos desaprobados según Feijóo se da:

Cuando alguien ha transformado el mundo en algo más inseguro para bienes jurídicos ajenos y se constata una relación de causalidad entre el resultado y esa creación de riesgos. La creación del riesgo no tiene que consistir únicamente en hacer surgir o iniciar una serie de condiciones de resultado. Puede consistir también en dirigir un curso lesivo ya existente previamente hacia la víctima, interrumpir o desactivar un curso salvador o introducir a la víctima en un curso lesivo ya en marcha²⁵.

Bernardo José Feijóo Sánchez, relaciona los siguientes criterios objetivos para la imputación del riesgo²⁶:

- **La injerencia como criterio de imputación.**

Este criterio se fundamenta sobre la base según la cual la creación de un riesgo desaprobado trae consigo el deber de evitar las consecuencias dañosas que de él podrían derivarse; como es la obligación de quien porta un arma que debe estar atento a su custodia y cuidado; el que enciende fuego tiene el deber de controlarlo y apagarlo²⁷; el conductor debe desplazar su vehículo teniendo bajo control todos los peligros que de dicha actividad resultan; como acatar la velocidad establecida, ceder el paso a otros conductores que tienen preferencia, cumpliendo todas las reglas del tráfico viario, si no lo hace y causa con ello un accidente de tránsito tiene que ser sancionado por un hecho imprudente, debiendo responder como autor por el peligro inicial por acción o

²⁴ ROXIN, Claus. Obra citada. Págs. 371 y 372.

²⁵ FEIJÓO, SÁNCHEZ, Bernardo José. Obra citada. Pág. 40 y 41.

²⁶ FEIJÓO, SÁNCHEZ, Bernardo José. Obra citada. Pág. 44 y 45.

²⁷ FEIJÓO, SÁNCHEZ, Bernardo José. Obra citada. Pág. 44 y 45.

por omisión (el exceso de velocidad, la inobservancia de las normas de tránsito), al igual que de la evitación del resultado en caso de consecuencias posteriores y el aumento del peligro que se creó mediante el accidente.

Pero la simple causalidad del actuar precedente no puede fundamentar un deber de evitación del resultado. Por ello es necesario que la posición de garante por injerencia sea limitada, y por ello se debe exigir que la acción precedente sea especialmente peligrosa, que haya creado un peligro cercano para un bien jurídico y que sea resultado del comportamiento del autor. Solamente a quien se puede imputar el peligro creado tiene la responsabilidad sobre el resultado y tiene que evitar la transformación del peligro en una lesión²⁸.

- La obligación de controlar ciertos riesgos o ciertas fuentes de peligro.

Este criterio de imputación surge de la obligación que un sujeto debe asumir frente al creador del riesgo, como es la tarea de controlar total o parcialmente el riesgo creado por otro, ejemplo: los diversos encargados de la construcción, inspección, vigilancia, custodia, reparación y conservación de líneas eléctricas; o los servicios de mantenimiento y conservación de ascensores, elevadores o montacargas; al existir una específica obligación contractual de actuar y principalmente de la efectiva asunción de una función de control o evitación del riesgo. En estos eventos para que el resultado sea imputable es necesario que la capacidad organizativa (medios, poder de decisión, etc.) sea asumida de forma real y efectiva. “Todo dominio de riesgo que no es efectivamente delegado continúa siendo imputable al que crea el riesgo”²⁹.

- La creación del riesgo no permitido en los casos de comisión por omisión.

²⁸ ROXIN, Claus. La injerencia e imputación Objetiva. Revista Derecho Penal. Traducción a cargo de Raúl Pariona Arana. Disponible en internet: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/311/302>. Consultado el 24 de julio de 2012.

²⁹ FEIJÓO, SÁNCHEZ, Bernardo José. Obra citada. Págs. 44 y 45.

En los tipos activos la tipicidad se “verifica mediante la identidad de la conducta realizada, con la del tipo penal; en el tipo omisivo surge de la diferencia entre la conducta realizada y la descrita”³⁰. La acción indicada debe realizarse sólo en esa situación típica. El sujeto activo por su parte debe tener la efectiva posibilidad de realizar la conducta ordenada, pues de lo contrario su conducta, distinta de lo ordenado, será atípica.

Frente a los tipos propios de omisión, “se trata de tipos en los que cualquiera que se halle en la situación típica puede ser autor, pues la obligación de actuar en esa situación surge la mera condición de ciudadano y no por particulares relaciones jurídicas”³¹.

Los delitos impropios de omisión, debido a que la estructura omisiva es equiparada a una estructura activa, requieren que el bien jurídico se afecte *ex ante*, de la misma forma que en el caso de la tipicidad activa. “Sus autores son siempre calificados, porque la ley, debido a la mayor amplitud prohibitiva de esa formulación, limita el círculo de autores a quienes se hallan en una particular relación jurídica que se considera fuente de la obligación de actuar como garantes en la situación típica”³².

La posición de garante impone una especial posición de protección frente a determinados bienes jurídicos y tiene su origen en un ámbito de organización que no es el personal o una posición de la vida social. Se hace alusión a personas que de acuerdo a un rol especial tienen la obligación de que ciertos riesgos no alcancen a determinados sujetos o bienes, contando con deberes especiales que no recaen sobre otras personas³³.

³⁰ ZAFFARONI Raúl, Eugenio. Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. Manual de Derecho Penal, Parte General. 1ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2005. Pág. 439.

³¹ ZAFFARONI Raúl, Eugenio. Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. Obra citada. Pág. 443.

³² ZAFFARONI Raúl, Eugenio. Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. Obra citada. Pág. 443.

³³ ZAFFARONI Raúl, Eugenio. Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. Obra citada. Pág. 445.

Estas personas especialmente obligadas deben evitar o tener cuidado con ciertos riesgos aunque no tengan relación con su creación. Son muchas las relaciones de las que surge la posibilidad de imputar un riesgo de lesión o muerte, un ejemplo de ello es el caso de la actividad médico-quirúrgica, en la cual el médico cuenta con una posición de garantía, que de acuerdo con las circunstancias debe realizar actuaciones tendientes a evitar o aminorar en la medida de lo posible las consecuencias nocivas de un riesgo aunque no haya tenido injerencia en su origen, al igual que cumplir con labores de vigilancia o control de determinadas fuentes de peligro³⁴.

En el contexto de la responsabilidad por omisión se manifiesta un problema importante que ha sido desarrollado en otro contexto, que es el de la participación imprudente y que pudiera presentarse por comisión o por omisión. Para la doctrina tradicional, en el delito doloso se le pueden imputar riesgos distintos a una persona o un único riesgo a varias personas (un colectivo de imputación). Tanto la coautoría como la participación son supuestos de comisión conjunta del hecho típico en el régimen de comisión de tareas, bien de forma coincidente, paralela, concurrente o sucesiva, lo que permite la posibilidad conceptual de distinguir entre autores y partícipes (diversos grados, niveles o tipos de responsabilidad por un hecho); pero tanto en el delito doloso como en el imprudente debe plantearse el problema del ámbito de protección de la norma e identificar cuáles son las personas que entran a formar parte del colectivo al que se le imputa un riesgo como partícipes y cuál es la relevancia normativa de su participación³⁵.

Inicialmente se podría señalar que en el delito imprudente un equipo o un grupo de personas pueden estar gravadas con el deber de controlar un mismo riesgo, como en el caso de los equipos médicos. En estos supuestos no cabe duda de que objetivamente se les debe imputar un mismo riesgo a varias personas y la imputación no depende exclusivamente de una mera decisión colectiva, sino

³⁴ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. Obra citada. Pág. 35 a 64.

³⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. Obra citada. Págs.76 y 77.

del dominio o configuración colectivos del hecho con conocimiento de ese reparto de tareas³⁶.

Pero puede suceder también que con una actuación imprudente se facilite la realización delictiva de otro sujeto que pudiera actuar de manera dolosa o imprudente. En estos casos habría que preguntarse si cabe atribuir responsabilidad a quien con su imprudencia facilita la realización delictiva sin tener el dominio de la misma. Esta solución parece discutible en la medida que la participación en el hecho de otro parece exigir el propósito de colaborar en su realización delictiva.

A pesar de ello, el reconocimiento de la complicidad en los eventos de concurrencia de culpas, elimina la posibilidad de inflación de la responsabilidad penal que no está suficientemente justificada, cuando ciertas personas a las que les podría corresponder una pena como cómplice imprudente en un delito, se ven obligadas a cumplir penas como autores de un delito imprudente, como consecuencia de la asunción de un concepto unitario de autor en dicho ámbito. En cualquier caso resultaría excesivo reprocharle al partícipe su conducta de forma ficticia como si fuera un autor, y en el peor de los casos sólo se le debería reprochar como cómplice, procurando siempre que el injusto imprudente no tenga un campo de actuación más extenso que el doloso³⁷. Lo contrario sería un atentado a ciertas garantías en un Estado de Derecho que respeta esferas privativas de libertad que ofrece el principio de accesoriedad.

1.1.2.5 La propuesta de Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro.

En la búsqueda de otros criterios para dar respuestas a los interrogantes planteados en esta investigación, encontramos el desarrollado por Fernando Sánchez Lázaro, al que denomina “Competencia sobre la fuente de peligro” y define en los siguientes términos:

³⁶ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. Obra citada. Págs. 99 y 100.

³⁷ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. Obra citada. Págs.96 y 97.

“posición dentro del proceso lesivo que genera el deber jurídico-penal de garantizar que la fuente de peligro se mueva dentro del riesgo permitido”³⁸.

Plantea el autor que como requisitos para aplicar su criterio de competencia sobre la fuente de peligro, es necesario establecer dos aspectos: primero, de dónde se deriva el riesgo no permitido que se ha materializado en el resultado de lesión y segundo, al sujeto que ostenta la competencia sobre la fuente.

En el primero de los dos eventos, para establecer la fuente debe remitirse al caso concreto; a manera de ejemplo, en algunos supuestos el riesgo no permitido se deriva, entre otros, de una pistola, de un vehículo, de sangre contaminada, de productos que afectan la salud o de productos no aptos para el consumo humano, etc.

El segundo requisito, corresponde a la posición dentro del proceso lesivo que genera el deber jurídico-penal de garantizar que la fuente de peligro se mueva dentro del riesgo permitido; toda persona que decide generar un riesgo no permitido mediante la utilización de una fuente de peligro debe cuidar de su inocuidad frente a los bienes de terceros. Por lo tanto quien incide directamente sobre la fuente de peligro, es por lo general, quien debe preocuparse de los niveles de riesgo que genera³⁹.

El autor acude a la teoría de las fuentes de competencia, desarrollada por Jakobs la cual atiende al origen del rol o posición normativa del sujeto, diferenciándose según la competencia que ostente por su condición de ciudadano o de un status especial, como son la competencia por organización y por Institución⁴⁰.

³⁸ SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. Intervención delictiva e imprudencia. Granada: Editorial Comares, S.L. 2004. Pág. 111.

³⁹ SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. Obra citada. Pág. 112 a 115.

⁴⁰ SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. Obra citada. Pág. 115 y 116.

- **Competencia por Organización:** Esta se presenta en los supuestos en los que el deber jurídico de neutralizar los riesgos no permitidos provenientes de las fuentes de peligro, se deriva de la previa incidencia irregular del autor sobre la misma. Hace alusión al sujeto que configura su ámbito de organización de tal forma que orienta de modo no permitido la fuente de peligro hacia la producción del resultado, obligándose a los riesgos que genera y su eventual materialización⁴¹.

La competencia por organización cobra especial validez en los denominados ámbitos de trabajo organizado, aquellos espacios sociales en los que tiene lugar la realización de obras o actividades comunes, en ámbitos como la medicina, la construcción o la industria, entre otros, en los que las transferencias de las fuentes de peligro se presentan con frecuencia por inyecciones, explosivos, productos industriales, etc⁴².

- **Competencia por institución:** Esta surge de los modelos sociales de relación de esferas vitales jurídicamente reconocidas y equivalentes, desde el punto de vista de la estructura social; las relaciones paterno-filiales y sustitutivas, el matrimonio, la confianza especial y los deberes genuinamente estatales.

Para determinar el autor de un delito imprudente de resultado con el criterio de competencia sobre la fuente de peligro, “hay que individualizar solo la fuente de peligro de la que proviene el riesgo no permitido concretado en la lesión y posteriormente determinar al sujeto o sujetos competentes”⁴³. El autor será el sujeto competente que dispone o incide directamente sobre la fuente de peligro. Igualmente, se puede dar en este supuesto la concurrencia de fuentes, eventos en los cuales para determinar la responsabilidad hay que determinar la relevancia jurídica del comportamiento de cada uno de los sujetos⁴⁴.

⁴¹ SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. Obra citada. Pág. 117.

⁴² SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. Obra citada. Pág. 115 a 139.

⁴³ SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. Obra citada. Pág. 139.

⁴⁴ SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. Obra citada. Pág. 129 a 139.

Aplicados los anteriores criterios con los cuales se determinó la observancia o no de la norma en relación a la creación del riesgo en un juicio *ex ante*, debemos continuar con la imputación del resultado, segundo momento del juicio de imputación, que surge como consecuencia de la infracción de determinadas normas de conducta, comportamiento que puede conducir a la realización del resultado.

1.2 La realización del riesgo no permitido en el resultado

La valoración sobre la imputación del resultado corresponde a un juicio *ex post*. La imputación del resultado se determina básicamente según un criterio positivo el cuál es el nexo de realización entre conducta típica y resultado, y un criterio negativo, muy discutido en el último tiempo según el cual debería excluirse la imputación en los casos en que el resultado también se hubiera producido con una conducta conforme a derecho o creadora de un riesgo permitido.

El fundamento de los criterios a desarrollar consiste en la imperiosa necesidad de determinar la existencia del nexo entre el resultado y la conducta generadora del riesgo, requisito esencial para continuar con el análisis de la imputación objetiva. Es necesario que exista una relación entre el riesgo jurídicamente desaprobado y el resultado penalmente relevante para que se pueda completar el juicio de imputación objetiva. Tal vínculo entre conducta y resultado solamente estará presente cuando el riesgo jurídicamente desaprobado haya sido el mismo que se realizó en el resultado penalmente relevante⁴⁵.

Al igual que en la creación del riesgo, para determinar la realización del riesgo en el resultado, se han desarrollado un gran número de criterios. Para el correspondiente análisis se hará uso de los desarrollados por el profesor Roxin:

⁴⁵ REYES ALVARADO, Yesid. Obra citada. Pág. 203.

- **La exclusión de la imputación si falta la realización del peligro (Conductas desde el principio ilícitas).**

Según este criterio

“la imputación presupone que en el resultado se haya realizado precisamente el riesgo no permitido creado por el autor. Por eso está excluida la imputación, en primer lugar, si, aunque el autor haya creado un peligro para el bien jurídico protegido, el resultado se produce, no como efecto de plasmación de ese peligro, sino sólo en conexión causal con el mismo. Aquí se encuentran sobre todos los casos en que un delito doloso en un primer momento se queda en fase de tentativa, pero después acaba provocando el resultado como consecuencia de un curso causal imprevisible”⁴⁶.

Un ejemplo de estos casos, es el de la persona lesionada por una tentativa de homicidio, que muere en un accidente de tránsito mientras es trasladada al hospital, evento en el cual hay dos riesgos: el del agresor inicial y el de quien lo traslada en la ambulancia. En este caso a quien disparó no se le puede imputar el resultado muerte porque éste no supone la realización del peligro creado, sólo habrá creado un tentativa.

- **La exclusión de la imputación si falta la creación del riesgo no permitido (conductas en principio lícitas que se mantienen como tales).**

Para realizar la imputación al tipo objetivo, según este criterio en los casos de riesgo permitido la imputación al tipo objetivo presupone que se supere el límite de autorización y como consecuencia de ello la creación del peligro no permitido. La consumación requiere la realización del peligro y que en el mismo se haya realizado precisamente ese riesgo no permitido, ejemplo de ello, los

⁴⁶ ROXIN, Claus. Obra citada. Pág. 373.

eventos de muerte del peatón en accidente de tránsito en el cual el conductor cumplió con las reglas del tráfico viario⁴⁷.

- **La exclusión de la imputación en caso de resultados que no están cubiertos por el fin de protección cuya infracción da lugar a la desaprobación jurídica del riesgo.**

Esta teoría se presenta con el fin de solucionar casos concretos en los cuales la superación del riesgo permitido de entrada ha aumentado el peligro de un curso de hecho como el que luego se ha producido, pero no puede ser imputado su resultado al actor, debido a que la norma típica, no abarca de antemano determinadas conductas y/o sus consecuencias. Un ejemplo de ello es la muerte que sufre una mujer que se le extraen dos muelas bajo anestesia general debido a un fallo cardíaco. A pesar de haber sido advertido el dentista por la mujer, de tener un problema en el corazón, el dentista había omitido hacer intervenir a un internista, como requeriría el cuidado debido: Sin embargo, se establece que en la exploración por un internista no se habría descubierto la dolencia cardíaca, pero lo que es cierto es que, aún con el retraso por la valoración del internista, la mujer en todo caso hubiera muerto más tarde.⁴⁸ Para resolver casos como el anterior, se afirma que la obligación de consultar a un médico internista antes de aplicar una anestesia general no tiene como finalidad la de prolongar por unas horas o días la vida del paciente, en estos eventos el fin de protección de la norma no abarca de forma concreta la producción del resultado y el fallecimiento no puede serle imputado al dentista⁴⁹.

- **Conducta alternativa conforme a derecho y teoría del incremento del riesgo.**

⁴⁷ ROXIN, Claus. Obra citada Pág. 375 a 377.

⁴⁸ ROXIN, Claus. Obra citada Págs 377.

⁴⁹ REYES ALVARADO, Yesid. Obra Citada. Pag 213.

Se plantea en este criterio la pregunta de sí se debe imputar un resultado cuando mediante una conducta alternativa conforme a derecho el mismo hubiera sido evitado, no con seguridad, sino sólo probable o posiblemente. Este interrogante se resuelve excluyendo la imputación si la conducta alternativa conforme a derecho hubiera conducido con seguridad al mismo resultado, debido a que no se ha realizado la superación del riesgo permitido en el curso real del acontecimiento y el cumplimiento de la norma de cuidado allí donde su observancia ciertamente aumenta la posibilidad de protección del bien jurídico, aunque no se le garantice con absoluta seguridad su protección. La existencia de un incremento del riesgo para el bien jurídico debe valorarse considerándose todas las circunstancias que posteriormente resulten conocidas y relacionadas con los hechos y posteriormente determinar si la observancia del riesgo permitido habría disminuido el peligro para la víctima o si se habrían incrementado las posibilidades de protección de sus bienes jurídicos⁵⁰.

1.3. EL ALCANCE DEL TIPO

Aplicados los anteriores criterios y verificada la realización de un peligro no cubierto por el riesgo permitido, se dará por regla general la imputación al tipo objetivo, sin embargo, en algunos casos aún puede fracasar la imputación en situaciones en que el alcance del tipo y el fin de protección de la norma típica no abarcan resultados de la clase de los producidos. Esto, debido a que el tipo no está destinado a impedir tales resultados. Lo anterior se presenta en tres grupos de casos en los que rige algo distinto: la cooperación en una autopuesta en peligro; la puesta en peligro de un tercero consentida por éste y la imputación del resultado a un ámbito de responsabilidad ajeno⁵¹. De los anteriores se hará una mención de los dos primeros, para posteriormente centrarnos en el estudio del tercer grupo de casos.

⁵⁰ ROXIN, Claus. Obra citada Págs. 379 a 384.

⁵¹ ROXIN, Claus. Obra citada Págs. 386 y 387.

La cooperación en una autopuesta en peligro dolosa: estos eventos se presentan cuando un individuo incita o coopera en acciones de otro que pone en peligro los bienes jurídicos del segundo, por ejemplo; A aconseja a B que atraviese un lago con hielo quebradizo. B a pesar de conocer el riesgo decide realizar tal acción y muere en el intento. En estos eventos no es posible imputar responsabilidad alguna frente a una participación en el suicidio o la cooperación en una autopuesta en peligro dolosa, dado que la creación de riesgos para los propios bienes jurídicos es impune⁵².

La puesta en peligro de un tercero aceptada por éste: este grupo de casos se refiere a aquellos en que un sujeto no se pone dolosamente en peligro a sí mismo, sino que se deja poner en peligro por otro con conciencia del riesgo y aceptación libre de ello⁵³. De cumplirse los requisitos que se mencionarán a continuación, se daría una identidad estructural y por ende, valorativa con los casos de participación en una autopuesta en peligro. Por ejemplo, el pasajero que pide a un conductor ebrio que lo transporte y resulta muerto como consecuencia de un accidente automovilístico causado por el estado de ebriedad del conductor.

En ambos casos, resulta determinante para una adecuada ponderación entre interés en la libertad y en la protección de bienes, que la acción se lleve a cabo por una persona responsable jurídicamente; capaz de enjuiciar razonablemente el riesgo para sus bienes jurídicos y que no esté limitada en su capacidad de decidir, situación que no permitiría la limitación de la libertad de acciones de terceros involucrados. Como la víctima autónomamente cuida por sí misma de sus bienes, falta todo motivo para limitar la libertad de acciones de terceros, lo que da como resultado que las conductas de los terceros no son desaprobadas⁵⁴.

⁵² ROXIN, Claus. Obra citada Pág. 387.

⁵³ ROXIN, Claus. Obra citada Pág. 393.

⁵⁴ FRISCH, Wolfgang. Obra citada. Pág. 176.

El tercer grupo de casos corresponde a la imputación del resultado a un ámbito de responsabilidad ajeno, el cual por la importancia en la presente investigación será tratado en un título independiente a continuación.

2. LA ATRIBUCIÓN A UN ÁMBITO DE RESPONSABILIDAD AJENA.

En este capítulo se tratarán los problemas que resultan de los tratamientos médicos que son consecuencia necesaria de una conducta típica para prevenir o atenuar sus efectos lesivos, se tratará de resolver el problema que causa la creación o el deber de contención de riesgos por parte de terceros, determinando los grados de responsabilidad de cada sujeto y sus fundamentos.

El tema a indagar corresponde a la posible exclusión de responsabilidad del primer interviniente, cuando determinados profesionales dentro del marco de su competencia respecto de la eliminación y vigilancia de fuentes de peligro, debían neutralizar los riesgos generados por otro, de tal modo que la inobservancia de sus deberes genere el efecto de exoneración de responsabilidad del primer causante⁵⁵.

Aunque esta cuestión hace parte de la problemática de la imputación objetiva en general, se ha querido presentar de una manera autónoma a efectos de valorar las posibilidades de análisis que emergen de los instrumentos desarrollados por esta teoría en relación con el tema que es objeto de análisis en este trabajo.

2.1 Imputación de lesiones consecutivas relacionadas con tratamientos médicos.

El interrogante a resolver en este momento de la investigación corresponde a la llamada imputación de lesiones consecutivas, en los casos en que la víctima lesionada por un autor inicial muere o sufre graves daños físicos en el curso de un tratamiento médico.

Varias propuestas pretenden establecer las responsabilidades de cada uno de los intervinientes que Frisch resume así:

⁵⁵ ROXIN, Claus. Obra citada Pág. 399.

Serían imputables sólo las consecuencias de errores leves, pues con tales errores hay que contar por experiencia, mientras que uno puede confiar en que no se produzcan fallos graves. Según otra opinión, en cambio, la idea de confianza sería absolutamente inaplicable en este contexto porque el propio autor ha obrado de contrariedad a deber, de manera que también serían imputables los fallos profesionales graves. Existe una concepción según la cual también quien previamente ha actuado de contrariedad a deber puede confiar en la ausencia de daños secundarios incluso levemente imprudentes, ello conduciría a no imputar el resultado sólo si el error del médico cabe calificarlo como homicidio o lesiones por hacer positivos. Por el contrario, si el fallo consiste en que el médico omite evitar el peligro de lesiones o muerte creado por la acción del autor, la consecuencia así producida se imputaría al autor, ya que en ella sólo se realizaría el peligro creado por la acción de este⁵⁶.

2.1.1 Según Wolfgang Frisch.

Para resolver de manera materialmente correcta estos asuntos, este autor dentro del marco general recién transcrito propone diferenciar dos grupos de casos: Aquellos en que la consecuencia realizada por el error médico sobrepasa la que era de esperar sin el tratamiento médico (consecuencias del tratamiento no específica de la acción). Otros en que el error médico conduce a no evitar una consecuencia que ya fue iniciada por la acción lesiva; esto es existía ya, en dirección a esta consecuencia, un peligro manifiesto (consecuencias del tratamiento específicas de la acción)⁵⁷. Ofreciendo los siguientes criterios de solución:

En el primer grupo de casos,

Sin el tratamiento médico se habrían producido determinadas consecuencias lesivas, y el tratamiento defectuoso conduce a lesiones adicionales o a la muerte, se refiere no sólo a un problema de imputación

⁵⁶ FRISCH, Wolfgang. Obra citada. Pág. 449.

⁵⁷ FRISCH, Wolfgang. Obra citada. Pág. 450.

del resultado, sino del propio comportamiento típico. Bien es verdad que el autor, con su conducta, ha obrado de manera claramente típica en dirección a la producción de la consecuencia lesiva en si también cabe hablar de conducta típica en dirección a las lesiones adicionales o a la muerte producida por el tratamiento. Al respecto deciden los criterios generales de la conducta típica de los delitos de resultado; lo que significa que sólo cabría hablar de conducta típica del primer autor si en el momento de actuar, junto a la creación del peligro concreto desaprobada en dirección a las consecuencia lesiva era posible verificar en el caso concreto el propio peligro demostrable de producción de otra posterior consecuencia lesiva o de muerte debido a tratamiento médico defectuoso⁵⁸.

En el segundo grupo de casos:

Lo característico es que el autor entraña ya el peligro concreto de la consecuencia realizada al final, por vía de fallo médico, o sea, es claramente típica en dirección a la producción de esta consecuencia. Por consiguiente, aquí es obvio, sobre la base de lo señalado, hablar de un problema de la imputación del resultado y preguntar, al modo tradicional, si ha de imputársele también el curso del hecho concreto, conducente al resultado, y por tanto la muerte a consecuencia de un fallo médico, si este resultado se produce como expresión del peligro de lesión, sino del peligro de que fracase el tratamiento sanitario para evitar el peligro de lesión y conduzca a la muerte⁵⁹.

2.1.2 Según Claus Roxin.

Considera este autor que la primera labor a realizar para establecer a quién se le debe imputar el resultado es determinar si la conducta del médico desplaza el peligro creado por el autor o no evita su realización; si la víctima no muere por las conductas del primer sujeto, contrariamente a ello se materializa su muerte por un peligro realizado por el médico, se presenta un desplazamiento del riesgo inicial, por una conducta que es de su

⁵⁸ FRISCH, Wolfgang. Obra citada. Págs. 450 a 453.

⁵⁹ FRISCH, Wolfgang. Obra Citada. Pág. 453.

esfera de responsabilidad, imposibilitando la imputación del resultado muerte al primer sujeto, sin importar el grado de imprudencia (temeraria o leve). En los casos que se dé la muerte por falta de tratamiento médico o no suficiente, no es procedente imputar sin más el resultado al primer actor, contrariamente se puede llegar a excluir su responsabilidad en casos de imprudencia temeraria del médico. Si la imprudencia del médico, que no consigue detener el curso mortal de la lesión, se mueve por debajo del dintel de la temeridad, el resultado debe ser imputado a ambos sujetos, debido a que se presenta una concurrencia de dos conductas imprudentes relativamente con el mismo peso y ambas se han realizado en el resultado de homicidio culposo. En los casos en los cuales se presentan lesiones de fácil tratamiento y por negligencia del segundo actor se da el deceso, es claro que el resultado es consecuencia del riesgo realizado por el médico⁶⁰.

2.1.3 Según Yesid Reyes Alvarado.

En su texto Imputación objetiva, plantea unas posibles propuestas de solución al problema planteado en esta investigación. En el apartado de “Conductas posteriores erradas de un tercero”, analiza los casos en los cuales con posterioridad a la actuación del primer autor sobreviene una actuación irregular de un tercero, dolosa o imprudente, vinculando el principio de confianza a los requisitos que permiten que la actividad del tercero elimine la imputación objetiva al primer causante.

Como en el caso del conductor que provoca en forma imprudente algunas heridas leves a un peatón quien finalmente fallece debido a un equivocado tratamiento médico. Intervención equivocada del tercero que no elimina la causalidad de la primera actuación con respecto del resultado, debido a que resulta innegable que si el imprudente conductor no hubiese atropellado al peatón este no hubiese tenido la necesidad de ser atendido en un centro clínico para que lo atendiera (sic) un médico y en consecuencia no hubiera tenido oportunidad de equivocarse en el tratamiento y se hubiese presentado su posterior fallecimiento. Los problemas que plantean las

⁶⁰ ROXIN, Claus. Obra citada. Págs. 401- 402.

intervenciones equivocadas de terceros no son solucionables mediante la inaceptable negación de la relación causal, deben ser analizados dentro de la teoría de la imputación objetiva, para determinar cual de los riesgos jurídicamente desaprobados (el del primer causante o el del tercero) es el que se realiza en el resultado penalmente relevante. No es posible negar la relación causal en ambos eventos, y tampoco debe simplificarse su solución imputando el resultado a quien haya generado el último riesgo jurídicamente relevante. Lo que realmente permite determinar a quien debe serle objetivamente imputable la lesión al bien jurídico, es el análisis de cual de los riesgos desaprobados se realizó en el resultado penalmente relevante, para lo cual debe establecerse cuál de esas conductas reprochables es la que permite explicar el daño, lo que sí debe descartarse como principio general, es la imputación al primer causante por el solo hecho de que su actitud fue desaprobada; todas las personas pueden ampararse en el principio de confianza, esperando así que los demás individuos habrán de comportarse en la forma como de ellos es exigible, sin que la actuación jurídicamente desaprobada de una persona sea razón suficiente para que respecto de ella pierda vigencia el principio de confianza. En esta clase de circunstancias la conducta con la que el primer causante crea el riesgo jurídicamente desaprobado se concreta, por ejemplo las lesiones a la integridad personal de la víctima, esa actuación irregular y no su consecuencia causal de posibilitar la intervención quirúrgica, es lo que debe ser calificado como conducta tolerada o reprochable. La misma solución debe darse en los casos de omisión⁶¹.

En los casos en los que el resultado sobreviene después de una intervención descuidada de los médicos de atender al herido:

En la doctrina y jurisprudencia como la española o la alemana, se presentan varias soluciones. Imputar al primer autor todos aquellos resultados que sean derivados de una lesión peligrosa por él infligida a la víctima, independiente del error que haya cometido el médico en su tratamiento, exonerando en cambio de responsabilidad al primer autor en aquellas hipótesis en las que hayan causado solo heridas no peligrosas al paciente que sin embargo hayan conducido a su fallecimiento por culpa de un error

⁶¹REYES ALVARADO, Yesid. Obra citada, Págs. 359 a 362.

en el tratamiento médico al que fue sometido. (Medico que interviene un paciente grave en estado de ebriedad)⁶².

Más adelante añade:

La jurisprudencia prevalente alemana, se inclina por diferenciar entre errores posteriores de comportamiento graves y leves de los terceros intervinientes en el desarrollo del suceso, para, con base en ellos, imputar objetivamente el resultado al primer autor, cuando el tercero haya cometido un error que pueda considerarse leve, y exonerarlo de responsabilidad cuando el facultativo haya incurrido en un error de carácter grave. Lo anterior debido a que normalmente se puede confiar en que nadie cometerá errores graves en el ejercicio de la medicina, mientras con los errores leves de los médicos siempre se debería contar. En esta solución se presenta el inconveniente de que hay casos en los que si bien el tercero ha incurrido en un error grave de comportamiento, el resultado no debe serle objetivamente imputable a él, así como también son imaginables hipótesis en las que a pesar de que el error del tercero pueda catalogarse como leve, el resultado debe serle imputado a él y no al primer causante. En el primer caso el médico comete un error grave, pero el fallecimiento se debe a las heridas del primer atacante⁶³.

Igualmente será necesario analizar el peligro de realización de daños posteriores causados por el médico y que pueden bastar para una creación de riesgos desaprobados; así mismo hay peligros de causación de los denominados daños posteriores que ostensiblemente no son idóneos como realizaciones del tipo, la circunstancia de que el galeno haya sido el último en generar el riesgo desaprobado es meramente causal; también en el ámbito de los riesgos de daños primarios hay conductas que bastan para admitir una conducta típica y otras que no. En esta clase de eventos es necesario que la creación del peligro concomitante deba cumplir por sí sola con unos criterios de merecimiento y necesidad de la desaprobación jurídico-penal, y consecuente con ello la creación de peligro desaprobado. Lo que permitirá determinar a

⁶² REYES ALVARADO, Yesid, Obra citada, Págs. 366 y 367.

⁶³ REYES ALVARADO, Yesid. Obra Citada. Pág. 367.

quién debe serle objetivamente imputable la lesión al bien jurídico, es el análisis de cuál de los riesgos desaprobados se realizó en el resultado penalmente relevante, para lo cual debe indagarse cuál de esas conductas reprochables es la que permite explicar el daño.

Otra posible propuesta de solución a los casos en que se presenta una conducta posterior imprudente del médico que expone este autor, consiste en imputar al primer autor todos aquellos resultados que sean derivados de una lesión peligrosa por él infligida a la víctima, independientemente del error que haya cometido el médico en su tratamiento, exonerando en cambio de responsabilidad al primer autor en aquellas hipótesis en las que haya causado solo heridas no peligrosas al paciente, que sin embargo hayan conducido a su fallecimiento por culpa de un error en el tratamiento al que fue sometido⁶⁴.

2.1.4 Análisis de Bernardo José Feijóo.

Plantea como principio general para resolver esta clase de problemas de imputación lo siguiente:

Si el que crea el riesgo no tiene posición de garante o su conducta adquiere el significado de una participación delictiva, lo que suceda en relación a los riesgos que creen terceros no es de su incumbencia. La raíz de la solución se encuentra en que el segundo riesgo no es incumbencia o competencia de la persona que ha favorecido la aparición de ese riesgo mediante la creación de otro riesgo⁶⁵.

En los casos en los que el médico se comporta de forma antijurídica, el primer autor no es un partícipe de la acción del médico. Para realizar la imputación al tipo objetivo es necesario manifestar que el primer autor no mata o no causa las segundas lesiones. El primer autor y el médico no son copartícipes en un

⁶⁴ REYES ALVARADO, Yesid. Obra Citada. Págs. 359 a 362.

⁶⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. Obra citada. Pág. 136.

mismo delito. El primer autor crea un riesgo de forma típica, crea un determinado riesgo de matar o lesionar, pero favorece de forma atípica el riesgo creado por el médico. El segundo riesgo sólo podría llegar a ser incumbencia o competencia de la persona que motiva la actuación del médico acudiendo al tipo objetivo de las reglas generales de participación. Pero sólo existe una vinculación casual entre ambos que carece de relevancia típica. Si el resultado no supone la concreción del primer riesgo típico, sino del creado por el médico, ese resultado sólo podrá ser imputado a éste, ya que ese riesgo es el que explica el resultado. En estos casos el médico interrumpe con su conducta antijurídica el potencial lesivo del primer riesgo. En caso de que el resultado sea la realización del primer riesgo típico, es irrelevante que entre el comportamiento típico y el resultado existan comportamientos antijurídicos de otras personas. No se trata de un problema temporal que verse sobre quién creó antes un riesgo típico, se trata de un tema estrictamente probatorio en relación a cuál es el riesgo que efectivamente permite explicar el resultado⁶⁶.

Respecto a los supuestos en los que el médico se comporta de forma correcta: de forma genérica siempre que el médico se comporte de acuerdo a la *lex artis* o justificadamente, se le imputa el resultado al primer autor. En las actuaciones racionales conforme a los cánones de la profesión caben siempre pequeños errores, que respeten unos mínimos de profesionalidad. Los problemas se presentan cuando a pesar de una conducta médica adecuada la víctima fallece en virtud de un riesgo creado por el médico distinto al inicial o el médico acelera o facilita la producción del resultado. En estos casos el juzgador debe valorar las situaciones justificantes como el tiempo, los medios, las herramientas, los medicamentos disponibles etc. En estos eventos aunque fenomenológicamente el resultado final sea consecuencia de una actuación del médico, desde un punto de vista normativo es al primer autor al que le incumbe ese resultado que no ha causado directamente, pero fue la primera conducta

⁶⁶ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Obra Citada*. Págs. 136 y 137.

antijurídica la que ha motivado esa situación en la que el médico que actuó observando su deber de garante y no tenía otra salida racional⁶⁷.

En los casos de omisión del tratamiento médico o quirúrgico debido, no tenemos una concurrencia de riesgos, sino un mismo riesgo que es competencia de dos personas: el que lo creó y el que tiene el deber de desactivarlo o mitigarlo. Aquí la víctima fallece o sufre lesiones como consecuencia del primer riesgo. Cuando el resultado muerte o lesiones es inevitable para el médico, es imputable al primer autor. Cuando las lesiones o muerte son evitables, en principio la omisión del tratamiento debido puede deberse a que el médico no emprenda acción alguna o que de forma errónea emprenda un tratamiento que no es el adecuado para evitar las consecuencias lesivas del delito. Plantea una regla este autor para resolver este problema; todo comportamiento racional aunque equivocado del médico no excluye la imputación del resultado al primer autor, al analizar dicho comportamiento deben tenerse en cuenta las circunstancias que rodean la atención médica o quirúrgica brindada; como tipo de lesión, medios al alcance del médico, plazos de tiempo disponible, etc. Igualmente debe tenerse en cuenta que un garante como el médico no puede asegurar que su actividad siempre sea exitosa, debe exigírsele una actuación correcta de acuerdo a la *lex artis* y sólo se les puede imputar un resultado lesivo ante omisiones antijurídicas o actuaciones generadoras de riesgos jurídicamente desaprobados⁶⁸.

2.2 Otros eventos de lesiones consecuenciales.

Este grupo de casos, a los cuales se hará una corta referencia, no solo se circunscriben a los eventos relacionados con fallos médicos, igualmente se presentan un conjunto de eventos en los cuales la aparición de la primera lesión abre a su vez la posibilidad de un segundo peligro que se materializa con la aparición de circunstancias posteriores. Por ejemplo, el farmacéutico que

⁶⁷ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. Obra citada. Págs. 141 a 144

⁶⁸ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. Obra citada. Págs. 144 a 152

contrariando una prescripción médica, vende a una madre un compuesto vitamínico muy fuerte, que al ser suministrado por ésta al menor le causa una intoxicación, motivo por el cual debe ser hospitalizado, contagiándose de gripa y posteriormente muere. O el de quien habiendo perdido una pierna en un accidente de tránsito, sufre varios años después una mortal caída por culpa de su deficiencia física. La pregunta en estos eventos es si al autor de la primera lesión, con la cual se abrió la posibilidad de aparición de un segundo peligro, deben serle objetivamente imputables los resultados de ese nuevo riesgo. La respuesta parece depender de la clase de lesiones causadas si se trata de daños perdurables, daños pasajeros o daños de shock.

En los eventos de daños perdurables, casos en los que inicialmente se causan lesiones personales permanentes como amputaciones y como consecuencia de ellas la víctima posteriormente enfrenta un riesgo de lesión mucho más alto que el de una persona sana, no deben imputársele al primer causante de la lesión que causó la amputación, todos los daños que sufra la víctima a futuro por la ausencia de su extremidad, debido a que dicha situación correspondería a la imposición de una sanción perpetua por el daño inicialmente provocado⁶⁹.

En el caso de daños pasajeros en los cuales las lesiones causadas no significan para la víctima un estado de incapacidad permanente, generándole una indefensión de carácter transitorio durante la cual se produzca una nueva afectación al bien jurídico de la integridad personal, se provoca con ello la inquietud respecto a qué persona debe ser objetivamente imputado un segundo riesgo penalmente relevante⁷⁰. Ejemplo de esto, un peatón fue atropellado por un imprudente conductor, cuando aquel intentaba atravesar la calle, como consecuencia de la colisión, la víctima sufrió la fractura de sus piernas y una fractura abierta de cráneo que le dejó en estado de inconsciencia. Inicialmente fue llevado a una clínica donde se le suministro respiración y alimentación por medios artificiales, hasta cuando su condición mejoró e hizo posible una

⁶⁹ REYES ALVARADO, Yesid. Obra Citada. Págs. 315 a 324.

⁷⁰ REYES ALVARADO, Yesid. Obra Citada. Pág. 326.

intervención quirúrgica. Después de la exitosa operación, y transcurridos once días desde el accidente, los médicos autorizaron al paciente para que en lugar de recibir alimentación por sonda se alimentase en forma normal. Mientras ingería una sopa que le fue suministrada por el propio personal de la clínica, el paciente se atoró con un trozo de comida, que le llegó a los pulmones. Pese a la inmediata maniobra de lavado pulmonar, no pudo evitarse que tres días después falleciera a consecuencia de una embolia pulmonar. Es claro que el imprudente comportamiento del conductor del vehículo generó un riesgo jurídicamente desaprobado para la víctima, mientras que en forma general puede aceptarse que el peligro de atorarse con alimentos es un riesgo general de la vida. Debe establecerse cuál de esos dos riesgos (uno tolerado y el otro jurídicamente desaprobado) fue el que se realizó en el resultado penalmente relevante. Si se demuestra que el estado de salud en nada influyó para que se le hubiera atorado la comida, su muerte no le puede ser imputada al conductor, la causa sería un riesgo general de vida.

Si por el contrario se llega a establecer que el estado de debilidad del paciente era tal que no le permitía ingerir alimentos por vía oral sin correr un importante riesgo de atorarse, quedará por determinar si el suministro de comida al paciente fue una negligencia o una necesidad para evitar posibles complicaciones por el suministro de alimentación artificialmente, siendo responsables en el primer caso los médicos de la muerte y en el segundo evento el conductor imprudente⁷¹.

En los casos de daños de shock, debe analizarse la posibilidad de que al primer autor le sean objetivamente imputables los daños que una tercera persona, diversa de la víctima pero usualmente unida a ella a través de vínculos afectivos, sufra a consecuencia de la percepción o conocimiento de la primera afectación al bien jurídico.

⁷¹ REYES ALVARADO, Yesid. Obra Citada. Pág. 327.

En el último del grupo de casos es claro que inicialmente sí existe un riesgo jurídicamente desaprobado que el primer autor crea con su conducta de reproche, cuando lesiona bienes jurídicos de la primera persona, pero paralelamente a dicho riesgo existe un riesgo permitido que es el sufrir trastornos emocionales a causa de impresiones negativas que en el transcurso de nuestra vida son inevitables. La circunstancia que permite explicar el resultado final (colapso nervioso) no es la conducta generadora del riesgo jurídicamente desaprobado (lesiones o muerte), sino la particular forma en que cada persona resulta afectada por impresiones negativas que la vida de relación social puede traer consigo, lo que excluiría la imputación del último resultado al actor inicial⁷².

2.3. Conclusión

En conclusión, si una actuación precedente ilícita debe ser neutralizada por la intervención posterior ajustada a derecho de otro actor, emergen problemas para la atribución de responsabilidad al causante del proceso inicial de riesgo.

La imputación de responsabilidad al primero de los intervinientes podría hacerse a título de autor si se asume un concepto unitario de autor vinculado a la causalidad; o podría hacerse a título de complicidad imprudente (siempre que no se exija de la participación imprudente que exista decisión de contribuir al proceso de riesgo desaprobado que ha de atribuirse al autor); sin embargo, existe también la posibilidad de no atribuirle el resultado al actor inicial, pues su actuación ilícita, aparte de lo naturalístico, no habría determinado jurídicamente la afectación del bien jurídico, al existir una actuación posterior comisiva u omisiva del ulterior interviniente, que estando en condiciones de neutralizar el riesgo desplegado en un primer momento por otro y debiendo hacerlo, no lo hizo. En este caso el actor inicial respondería de una tentativa de delito si obró de manera dolosa, o no respondería si su obrar hubiese sido imprudente.

⁷² REYES ALVARADO, Yesid. Obra Citada. Pág. 324 a 331.

La posible complicidad del actor inicial derivaría del hecho de haber efectuado una aportación al proceso de riesgo que sin embargo no resulta determinar el resultado, toda vez que posteriormente éste entra a ser dominado por un interviniente posterior, que al tener el deber jurídico de neutralizarlo, y no hacerlo, desestabilizó el riesgo o permitió su desarrollo, lo que permitirá imputarle el dominio sobre éste y con ello la condición de autor al segundo interviniente.

La afirmación de que la actuación inicial no es la que se realiza en el resultado está asociada entonces al deber que se impone al interviniente posterior de neutralizar el riesgo, o por lo menos de realizar las actuaciones necesarias para ello. En este contexto deberá analizarse la idoneidad esperada de las maniobras de salvamento del bien jurídico o de neutralización del riesgo para enervar la potencialidad lesiva del riesgo inicial: si las conductas indicadas con ese objeto son desplegadas y el objetivo no se alcanza, parece claro que en tal caso deberá atribuirse responsabilidad al generador inicial del riesgo.

Si en otros contextos la doctrina ha entendido que la actuación errónea de un profesional de la salud rompe el nexo de imputación del primer actor, cuando tiene la capacidad de desplazarlo por otro distinto, no parece haber razones que impidan afirmar la ruptura de dicho nexo cuando el generador del proceso de riesgo inicial sea también un profesional de salud.

Bien es verdad que la propuesta efectuada genera el problema de la incertidumbre acerca de los efectos que hubiera surtido la actuación no desplegada, en el caso de omisión de las acciones salvadoras. En estos casos, la responsabilidad como autor de quien desplegó el riesgo inicial, debería quedar sujeta a la constatación del carácter típico o no de la intervención ulterior: si no se demuestra que esa acción esperada hubiera permitido neutralizar el proceso de riesgo, la atribución del resultado como autor a quien desplegó el riesgo inicial resultaría razonable. En otro caso, no.

En resumen, una actuación comisiva u omisiva ulterior puede impedir la atribución del carácter de autor al generador inicial de un proceso de riesgo jurídicamente desaprobado, si el interviniente ulterior está llamado a neutralizar con su actuación el proceso de riesgo desplegado por el primer actor. Afirmar lo contrario implicaría asentar el juicio de realización del riesgo sobre una base estrictamente naturalista como la de la causalidad.

La coautoría imprudente, a su vez, se dará cuando de manera conjunta los distintos actores, desplieguen y dominen el proceso de riesgo que se materializa en el resultado, o en los casos en que uno de los sujetos a sabiendas de la falta de idoneidad del otro le permite la puesta en marcha del proceso de riesgo.

Casos de este tipo, es decir, de dominio conjunto del riesgo, de quien teniendo un deber de salvaguarda permite la intervención peligrosa de una persona carente de capacitación para el dominio del riesgo, no son extraños a la jurisprudencia, no siempre en supuestos de relación de dependencia funcional, relacionándose varios de ellos con actuaciones de intrusos.

3 ANALISIS DE CASOS

En el presente capítulo se estudiarán tres sentencias de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, en las que se analizan eventos de concurrencias de culpas en las cuales el último actor fue un médico. Dichas sentencias serán confrontadas con las teorías anteriormente descritas.

3.1 Caso uno: concurrencia de comportamiento doloso y posteriormente culposo.

Sentencia radicado No 10776 del 12 de noviembre de 1999. Se analizó el caso en el cual los hermanos Edgar y Víctor Sanín Peña Carrillo se encontraban en una tienda del municipio de Guavatá (Santander del Sur). Luego de haber consumido grandes cantidades de licor tienen una confrontación verbal y física con Luis Orlando Mateus Peña, primo de aquéllos, logrando en dicho enfrentamiento, uno de los hermanos, propinarle dos heridas penetrantes con arma cortopunzante a Luis Mateus, una en el hemitórax izquierdo a nivel del sexto espacio intercostal, en línea medio clavicular, y la otra en el hemitórax derecho a nivel del octavo espacio intercostal, con línea medio axilar.

El herido ingresó inicialmente al Hospital Regional San Juan de Dios de Vélez, centro en el que, luego de atenderlo, le dieron de alta varios días después. Posteriormente, se agrava el estado de salud del lesionado, sus familiares lo internaron finalmente en el Hospital San Juan de Dios de Bogotá, establecimiento en el cual fue intervenido quirúrgicamente, pero allí falleció, como consecuencia de una sepsis secundaria a complicaciones de peritonitis y empiema que produjeron las heridas.

La Fiscalía Delegada calificó el mérito del sumario con resolución acusatoria en contra de Edgar Sanín Peña Carrillo, por el delito de homicidio simple, en el grado de tentativa, dado que la muerte de la víctima se produjo por una

peritonitis que constituyó una concausa sobreviniente al mal manejo médico y precluyó la investigación en favor de Víctor Sanín Peña Carrillo.

Apelada la resolución calificatoria por el defensor, la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal de San Gil, confirmó la acusación en contra de Edgar Peña Carrillo, y la modificó en el sentido de que se trataba de un delito de homicidio simple consumado y no tentado, debido a que existía un nexo causal definido entre las lesiones inferidas por aquél y la muerte de Luis Orlando Mateus.

La Juez Segunda Penal del Circuito dictó sentencia de primera instancia por medio de la cual condenó al acusado Peña Carrillo, como autor del hecho punible de homicidio simple atenuado por la ira.

El Tribunal Superior de San Gil confirmó el fallo condenatorio de primera instancia.

El actor ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia plantea como una de las causales de casación, la más relevante para nuestro tema de análisis, la supuesta violación de una norma de derecho sustancial, basada en apreciación errónea de algunas pruebas, por considerar la Juez que la única causa de la muerte fueron las lesiones causadas con el arma cortopunzante.

El procurador Delegado ante la sala, acepta los planteamientos del recurrente, en algunos de los apartes de su intervención y dice:

Resulta atendible la objeción del censor, en el sentido de que el resultado muerte no podía imputarse al procesado, pues aunque la acción precedió al evento dañino del cual depende la identidad del hecho punible de homicidio, lo cierto es que el curso causal se vio interrumpido por la aparición de otro desencadenado por un tercero -médico-, como consecuencia de una conducta posiblemente negligente del profesional.

Visto lo anterior, la imputación del resultado muerte al procesado sólo podría hacerse bajo las previsiones de la teoría de la conditio sine qua non,

conforme con la cual todas las causas concurren en igualdad de importancia para la producción del resultado, sin que sea posible interrumpir la cadena de condiciones antecedentes al hecho. Sin embargo, estima el Procurador que, frente al artículo 21 del Código Penal Colombiano, debe desecharse la expresión simple de la conditio sine qua non, para optar por criterios que permitan sopesar la influencia de las distintas causas antecedentes al resultado, de modo que puedan excluirse aquellas que no tienen una relación directa con él, tal como acontece cuando en el proceso causal aparece otro fenómeno diverso al originario que haya producido por sí solo, o junto con el primero, el resultado típico.

Aunque la conducta del procesado antecedió al resultado, pues si el procesado no lesiona a la víctima ésta no es conducida al hospital, lo cierto es que el comportamiento no traspasó los límites de la tentativa, pues si el médico Saúl Álvarez advierte la perforación del diafragma y dispensa el tratamiento correcto, sin duda la muerte no habría ocurrido y más bien se interrumpe la relación causal originaria para frustrar a la vez el delito”.

Propone el Ministerio Público que se estime la demanda y, por tanto, se ha de casar el fallo impugnado, el cual deberá ser reemplazado para que se dicte sentencia por el delito de tentativa de homicidio y, como consecuencia, se ordene la expedición de copias para investigar la conducta del médico Saúl Álvarez.

Por su parte la Corte en sus consideraciones expone lo siguiente:

Si la herida del diafragma también fue ocasionada por el procesado Peña Carrillo, no hay duda de la relación de causalidad ininterrumpida entre la conducta agresiva y el resultado muerte, porque sólo por aquélla se produjo la herniación del estómago y la posterior ruptura de una de sus paredes necrosadas, el derrame del líquido gástrico en la cavidad abdominal, el proceso séptico y la subsiguiente peritonitis que acabó con la vida del lesionado.

De otra parte, como el médico del pueblo hizo todo lo que estaba al alcance de sus herramientas y posibilidades de desempeño, no es procedente atribuir a culpa suya la no detección oportuna de la pequeña lesión diafragmática. Mas, si en gracia de discusión se admitiere como negligente

la conducta, bien de parte del galeno ora por la víctima, no hay que perder de vista que a lo sumo se trata de descuidos comunes y corrientes, que como tales no interrumpen el nexo causal, pues con ellos, al igual que con la posibilidad de la muerte, cuenta normalmente el sujeto que se decide a inferir lesiones penetrantes a la cavidad torácica o abdominal, dado que el error común en el tratamiento está dentro de las previsiones de la más elemental experiencia humana.

No se trata de aplicar escuetamente la teoría de la equivalencia de las condiciones (*conditio sine qua non*), según la cual la causa es cualquier factor sin el cual el resultado material no se habría producido, definición que se inscribe entonces dentro de una serie causal indefinida que daría lugar a reprobables injusticias por violación de los principios tutores de la lesividad y la culpabilidad. Si la “causa de la causa es causa del mal causado”, como finalmente se individualiza por la doctrina dicha teoría, bastaría entonces verificar que sin las lesiones ocasionadas por el procesado no eran concebibles los procedimientos posteriores de internación hospitalaria, la posible equivocación en el tratamiento médico, la agravación del daño y la muerte subsiguiente, razón por la cual ese acto inicial de lesionamiento indudablemente estaría vinculado causalmente con el evento letal.

Mas tampoco puede negarse el hecho objetivo de la existencia de una omisión en el tratamiento médico, que condujo a la ignorancia de una lesión en el diafragma (más por la complejidad objetiva del hallazgo que por falta de atención y experiencia del médico), daño que, si se descubre a tiempo, podía habersele dispensado un tratamiento adecuado y de pronto también se evita la muerte de la víctima. Sin embargo, como ya se advirtió, tal omisión no es atribuible a culpa médica sino, a lo sumo, al ordinario margen de error ínsito en toda actividad humana, propio también del desenvolvimiento normal de la *lex artis* en el ejercicio de la profesión médica, que como tal no desborda la relación causal puesta en marcha por quien produjo las lesiones penetrantes.

La condición de mortalidad ya estaba envuelta en la naturaleza misma de las lesiones ocasionadas, por ser penetrantes a tórax y haber comprometido el diafragma, y no apareció con el desarrollo fisiopatológico de las heridas, aunque éste indudablemente incrementó el riesgo de muerte. Esa potencialidad letal de las heridas desde el momento mismo de su irrogación, aparte de que afirma el nexo causal una vez constatada la muerte sin

interferencias abruptas o extraordinarias de otros sucesos concurrentes o sobrevinientes (grave descuido técnico o incremento malicioso de las secuelas por la víctima o intervención dolosa de tercero), igualmente introduce el principio tutelar de la antijuridicidad material en el ámbito de la solución del caso, como límite a la simple causalidad, pues se exige de la conducta que per se dañe o ponga en peligro la vida como bien jurídico protegido, acorde con la idea regulativa de que la función de la norma penal es la tutela de importantes intereses jurídicos para mantener la coexistencia pacífica (art. 4° C. P.).

De igual manera, la previsibilidad por parte del sujeto del riesgo de muerte de quien es lesionado con tal magnitud y de las fallas corrientes en el diagnóstico y tratamiento posteriores de las heridas, así como la asunción voluntaria de lo que el individuo prevé, son manifestaciones existenciales de la exigencia del principio rector de la culpabilidad, otra limitación normativa a la mera causalidad (art. 5° C. P.).

Afirmado el nexo causal por la constatación positiva de la aptitud mortífera per se de las heridas y la exclusión de relevancia en el presunto descuido médico, ha de concluirse que el resultado muerte sí es jurídicamente atribuible al procesado Edgar Peña Carrillo, en la medida que su conducta ex ante se ofrece como peligrosa para el bien jurídico amparado en la respectiva norma penal (vida), y además el autor, con definido propósito de matar, asumió voluntariamente la creación de dicho riesgo.

Con los anteriores argumentos decide la Corte no casar el fallo impugnado.

Por su parte el Magistrado Álvaro O. Pérez Pinzón salva parcialmente el voto estimando que la conducta imputada no puede ser objeto de condena por el delito de homicidio, pues sólo alcanzó el grado de tentativa, lo cual argumenta en los siguientes términos:

1. En virtud del artículo 21 del C.P., una persona debe responder sólo cuando el resultado producido proviene de su acción u omisión. De aquí se desprende que si el resultado no ocurre por el comportamiento del autor, éste no es responsable.

2. Del expediente se deduce que hubo heridas con el propósito de matar. Pero también que el lesionado, luego de ello, fue atendido, salió de la clínica u hospital con vida y que su deceso se produjo posteriormente. De esta sola circunstancia, de cara al expediente, emana que Edgar Peña Carrillo hirió, lesionó a Luis Orlando Mateus Peña, y que él no le causó la muerte.

3. En la sentencia de casación, con fiel reflejo del expediente, se leen unas afirmaciones; y, de cuño ya de la Sala, se hacen otras.

4. De lo escrito anteriormente se extrae una afirmación indiscutible: la víctima fue herida por arma cortopunzante. Fue examinada y cuidada médicamente. Pero no lo suficiente pues bajo la convicción de que ya todo había pasado, fue dada de alta y días después devino su muerte. Y se ha establecido, y se ha aceptado por la Sala, que el médico ha debido ser más cuidadoso, que si lo hubiera sido, hasta se habría salvado la vida de don Luis Orlando y que el galeno omitió un mayor cuidado.

Es fácil entonces concluir que la muerte ocurrió no por el comportamiento de Peña Carrillo sino por la conducta médica, concomitante y subsiguiente al momento de la atención por parte del experto, con independencia de que se tratara de heridas “esencialmente mortales” o “simplemente mortales” pues que, en cuanto al primer tipo, se sabe que no lo eran; y en cuanto a la segunda clase, siendo idóneas pero remediables respecto de un fatal desenlace, en este asunto parcialmente fueron soportadas y luego olvidadas. Así, el nexo causal determinante se predica no del autor de las heridas sino de quien hizo dejación del cuidado debido y, por tanto, en relación con aquel se rompe el vínculo causal. Así las cosas, Edgar Peña Carrillo debería responder por lo que hizo, es decir, herir con dolo homicida, para una tentativa de homicidio porque hasta allí llegó “su” causalidad. Lo demás, el suceso final lamentable, no atribuible a él, no se le puede imputar y, por consiguiente, se imponía casar la sentencia.⁷³

Análisis.

La imputación del resultado de muerte al procesado en este evento, fue realizado por la Corte bajo las exigencias de la teoría de la *conditio sine qua*

⁷³ Corte suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de noviembre de 1999. Radicación No 10776. M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

non, conforme con la cual todas las causas concurren en igualdad de importancia para la producción del resultado, sin que sea posible interrumpir la cadena de condiciones antecedentes al hecho. Por lo anterior es claro que no se analiza la relevancia correspondiente a los otros eventos que permiten valorar jurídicamente la relevancia de las distintas causas antecedentes al resultado, de modo que puedan excluirse aquellas que no tienen una relación directa con el resultado, como es la existencia en el proceso de riesgo de comportamientos diversos al originario que hayan producido por sí solos, o junto con el primero, el resultado típico.

Es claro y reconocido por la misma Corte que sí existió entre las lesiones causadas de forma dolosa y el resultado final una segunda conducta que tuvo incidencia en dicho resultado, la cual desde las pruebas analizadas interrumpió el nexo de imputación, entre la primera acción y el resultado final, lo que afectaría la posibilidad de imputación al señor Peña Carrillo por el delito de homicidio consumado, de lo que se concluye que debió sancionársele por el delito de homicidio simple, en el grado de tentativa, tal como se calificó inicialmente por la Fiscalía Delegada y fue reconocido por el Ministerio Público en su intervención ante la Corte e igualmente avalado por el Magistrado Pérez Pinzón en su salvamento de voto.

Desde las teorías relacionadas en el anterior capítulo es claro que en este tipo de eventos es necesario hacer una valoración pormenorizada de cada una de las conductas concurrentes y así establecer a cuál ha de atribuirse el resultado final.

En la sentencia no se analizó el tema de la obligación de garante con la que contaba el médico tratante, quien debió cumplir con unos deberes especiales referidos a la evitación de determinados menoscabos de bienes jurídicos; como era contrarrestar los peligros que amenazaban al titular del bien jurídico como consecuencia de las agresiones de que fue víctima con arma corto punzante. Era obligación permanente del médico el deber protección, en la medida de lo

posible. Es importante tener en cuenta que contaba con todos los medios técnicos para cumplir con dichas obligaciones de protección⁷⁴.

Entre los argumentos de la Corte para no casar la sentencia se utilizó el de la magnitud del error médico sobre el que ya se había pronunciado la doctrina, así;

Serían imputable sólo las consecuencias de errores leves, pues con tales errores hay que contar por experiencia, mientras que uno puede confiar en que no se produzcan fallos graves. Pero igual otras posturas indican que se deben imputar al segundo actor los resultados finales en caso de los fallos profesionales graves⁷⁵.

Como lo indica Reyes Alvarado, esta clase de eventos no son solucionables mediante la inaceptable negación de la relación causal, deben ser analizados dentro de la teoría de la imputación objetiva, para determinar cuál de los riesgos jurídicamente desaprobados (el del primer causante o el del tercero) es el que se realiza en el resultado penalmente relevante. No es posible negar en este caso la relación causal entre la lesión con arma blanca y la muerte, pero lo que realmente permite determinar a quién debe serle objetivamente imputable la lesión al bien jurídico, es el análisis de cuál de los riesgos desaprobados se realizó en el resultado penalmente relevante, para lo que debe establecerse cuál de esas conductas reprochables es la que permite explicar el daño. Lo que sí debe descartarse como principio general, es la imputación al primer causante por el solo hecho de que su actitud fue desaprobada. En esta clase de circunstancias la conducta con la que el primer causante crea el riesgo jurídicamente desaprobado se concreta en las lesiones a la integridad personal de la víctima, esa actuación irregular y no su consecuencia causal de posibilitar la intervención quirúrgica, es lo que debe ser calificado como conducta no tolerada o reprochable⁷⁶.

⁷⁴ Frisch, Wolfgang. Obra citada. Págs. 374 y ss.

⁷⁵ Frisch, Wolfgang. Obra citada. Pág. 449.

⁷⁶ REYES ALVARADO, Yesid. Obra citada, Págs. 359 a 362.

Consecuente con lo anterior no se comparte la decisión de la Corte, en este evento debió condenarse al procesado por el delito de homicidio en el grado de tentativa debido a que su conducta no superó el intento de matar, posterior a ello, era el médico quien al asumir la posición de garante, debía neutralizar el riesgo creado por uno de los hermanos Sanín Peña, lo que no permite imputarle el resultado muerte de Luis Orlando Mateus Peña a Edgar Sanín Peña Carrillo.

Conclusión que de adecua claramente a la teoría planteada por el profesor Claus Roxin cuando indica.

Si la conducta del médico desplaza el peligro creado por el autor o no evita su realización; si la víctima no muere por las conductas del primer sujeto, contrariamente a ello se materializa su muerte por un el peligro realizado por el médico, se presenta un desplazamiento del riesgo inicial, por una conducta que es de su esfera de responsabilidad, imposibilitando la imputación del resultado muerte al primer sujeto, sin importar el grado de imprudencia (temeraria o leve). En los casos que se dé la muerte por falta de tratamiento médico o no suficiente, no es procedente imputar sin más el resultado al primer actor, contrariamente se puede llegar a excluir su responsabilidad en casos de imprudencia temeraria del médico.⁷⁷

3.2 Caso dos: caso de concurrencia de omisiones de tratamientos médicos.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No 27388 del 8 de noviembre de 2007.

El 10 de julio de 1997, Inés Patricia Amaya Guiza, con aproximadamente 25 semanas de embarazo, a quien se le había diagnosticado una 'placenta previa', ingresó al Hospital El Tejar de Bogotá después de manifestar síntomas de sangrado vaginal y expulsión de coágulos, por lo cual recibió la atención y el tratamiento que le prescribió el doctor FRANKLIN ALFREDO GUEVARA

⁷⁷ ROXIN, Claus. Obra citada. Págs. 401 y 402.

TAPIA, médico adscrito a dicha entidad, quien le dio de alta el 12 de julio siguiente.

Debido a que volvió a sangrar, la paciente ingresó una vez más al Hospital El Tejar el 17 de julio de 1997, en donde fue atendida en un principio por el doctor FERNANDO BARÓN BARRERA, quien entre otras cosas le realizó un tacto vaginal para efectos de determinar la gravedad de su estado.

En los días siguientes, el cuidado y atención de la paciente estuvo a cargo del médico FRANKLIN ALFREDO GUEVARA TAPIA, quien el 21 de julio de 1997 consideró necesaria la remisión de Inés Patricia Amaya Guiza a un centro hospitalario de mayor complejidad para que se continuara con el tratamiento.

Después de intentar de manera infructuosa que la paciente fuera recibida por las vías regulares en otra institución, su esposo Orlando Villamarín Parra, ante la sugerencia de los doctores, salió por sus propios medios en compañía de aquélla, con el fin de que fuera atendida de urgencias en el Hospital San José, en donde fue recibida el 22 de julio de 1997.

Después del procedimiento quirúrgico Inés Patricia Amaya Guiza dio a luz de manera prematura y debido al estado en que se encontraban y a que no presentaron mejoría alguna, fallecieron madre e hija.

La Fiscalía General de la Nación acusó FRANKLIN ALFREDO GUEVARA TAPIA y FERNANDO BARÓN BARRERA de la conducta punible de homicidio culposo cometido en contra de Inés Patricia Amaya Guiza y la recién nacida.

El Juzgado Cincuenta y Cuatro Penal del Circuito de Bogotá, dictó sentencia en contra de los procesados y los condenó como autores responsables del concurso de delitos.

Apelada dicha providencia, el Tribunal Superior de Bogotá la confirmó en su integridad.

La Corte no casa la sentencia y en lo que respecta a nuestro interés, entre algunos de los fundamentos encontramos los siguientes:

En la doctrina penal contemporánea, la opinión dominante considera que la realización del tipo objetivo en el delito imprudente (o, mejor dicho, la infracción al deber de cuidado) se satisface con la teoría de la imputación objetiva, según la cual un hecho causado por el agente le es jurídicamente atribuible a él si con su comportamiento ha creado un peligro para el objeto de la acción no abarcado por el riesgo permitido y dicho peligro se realiza en el resultado concreto.

Lo anterior significa que, frente a una posible conducta culposa, el juez, en primer lugar, debe valorar si la persona creó un riesgo jurídicamente desaprobado desde una perspectiva ex ante, es decir, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente situado en la posición del autor, a lo que habrá de sumársele los conocimientos especiales de este último, el hecho sería o no adecuado para producir el resultado típico.

En aras de establecer cuándo se concreta la creación de un riesgo no permitido y cuándo no, la teoría de la imputación objetiva ha integrado varios criterios limitantes o correctivos que llenan a esa expresión de contenido y que de ninguna manera han sido ignoradas por la Sala. Veamos algunos de ellos:

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

Tampoco se concreta el riesgo no permitido cuando en el marco de una cooperación con división del trabajo en el ejercicio de cualquier actividad especializada o profesión el procesado observa los deberes que le eran exigibles y es otra persona perteneciente al grupo la que no respeta las normas o las reglas del arte (lex artis) pertinentes. Lo anterior, en virtud del llamado principio de confianza, según el cual “el hombre normal espera que los demás actúen de

acuerdo con los mandatos legales, dentro de su competencia”.

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

Así mismo, se crea un riesgo jurídicamente desaprobado cuando concurre el fenómeno de la elevación del riesgo, que se presenta “cuando una persona con su comportamiento supera el arrisco admitido o tolerado jurídica y socialmente, así como cuando, tras sobrepasar el límite de lo aceptado o permitido, intensifica el peligro de causación de daño”.

En primer lugar, la reglas del arte médico, que se encuentran consagradas en nuestro ordenamiento jurídico en la ley 23 de 1981, establecen que “el médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados” (artículo 15 de la señalada ley) y que el primero tiene la obligación de informarle al segundo acerca de las posibilidades de reacciones adversas que se puedan producir con ocasión del tratamiento brindado.

Lo anterior significa que el médico ostenta una posición de garante, que se materializa en deberes de protección e información, respecto de las personas que tenga a su cargo.

En segundo lugar, el deber de cuidado en este caso radicaba, de acuerdo con la conclusión del Instituto Nacional de Medicina Legal que fue acogida por las instancias, en que una persona con diagnóstico de placenta previa como Inés Patricia Amaya Guiza debía considerarse en embarazo de alto riesgo y, por lo tanto, tenía que ser atendida en un centro asistencial de tercer nivel, y no en uno de segundo nivel como el Hospital El Tejar.

En este orden de ideas, cuando a raíz de su delicado estado de salud Inés Patricia Amaya Guiza ingresó por primera vez al Hospital El Tejar el 10 de julio de 1997 y fue atendida por FRANKLIN ALFREDO GUEVARA TAPIA, tal como se observa en la historia clínica correspondiente, éste, al adquirir la condición de médico tratante de aquella, no sólo se convirtió en garante de la vida de la paciente y del hijo que estaba por nacer, sino que además tenía la obligación de prescribir, desde ese instante, su traslado a un centro de salud que tuviera la capacidad de manejar el embarazo de alto riesgo que él reconoció que presentaba, ya que ese mismo día anotó en la historia clínica que tenía “antecedente de placenta previa por ecografía”.

Es decir, examinando la acción desde un punto de vista ex ante, la Sala observa que una persona inteligente situada en la posición del procesado, con los conocimientos y títulos que ostentaba como profesional de la medicina, tenía que saber que un embarazo con placenta previa como el que presentaba Inés Patricia Amaya Guiza era de alto riesgo y debía ser tratado en una institución hospitalaria de superior nivel. Por lo tanto, lo que hizo fue crear un riesgo no permitido al dejar que la paciente permaneciera bajo observación en el Hospital El Tejar hasta el 12 de julio siguiente y al no informarle del peligro que ello representaba.

Por su parte, el doctor FERNANDO BARÓN BARRERA, de acuerdo con una valoración ex ante y teniendo en cuenta sus conocimientos especiales en la rama de la medicina, elevó el riesgo creado al autorizar el 17 de julio de 1997 el reingreso de la paciente con los antecedentes de placenta previa que padecía y al examinarla ese mismo día, tal como se aprecia en la historia clínica, con lo cual adquirió para esa específica ocasión la condición de médico tratante y, por lo tanto, de garante tanto de la hoy fallecida como del nasciturus.

En otras palabras, desde cuando observó los antecedentes clínicos que presentaba Inés Patricia Amaya Guiza, el doctor FERNANDO BARÓN BARRERA adquirió el deber de realizar las gestiones necesarias para obtener el traslado de la paciente a una institución hospitalaria de nivel tres, o bien de informarle acerca de los riesgos que se generaban para la vida y salud tanto de ella como del hijo que estaba por nacer en el evento de que siguieran en el Hospital El Tejar, pero lo que en cambio hizo fue disponer que ésta continuara bajo la atención y el cuidado de los médicos de la institución que dirigía.

Tal riesgo se incrementó todavía más cuando FERNANDO BARÓN BARRERA corroboró en diligencia de indagatoria que el día en que examinó a Inés Patricia Amaya Guiza le realizó un tacto vaginal, acción que, según el Instituto Nacional de Medicina Legal, “no se aconseja practicar [...] por el peligro de desencadenar una hemorragia profusa e incontrolable que puede poner en peligro la vida materna y fetal”.

Finalmente, el peligro de afectación al bien jurídico de la vida se intensificó con el comportamiento del médico FRANKLIN ALFREDO GUEVARA TAPIA, quien según la historia clínica estuvo atendiendo a la paciente los días 18, 19, 20 y 21 de julio de 1997 y sólo hasta el último día ordenó con su puño y letra la “remisión a centro de más complejidad”.

Así mismo, no hay lugar a reconocer la aplicación de principio de confianza alguno, toda vez que no se puede predicar en el caso concreto una cooperación con división de trabajo en la que el director del hospital le delegara todas las funciones relativas al cuidado de la paciente al doctor FRANKLIN ALFREDO GUEVARA TAPIA, pues, se reitera, el doctor FERNANDO BARÓN BARRERA recibió y examinó como médico tratante a Inés Patricia Amaya Guiza el 10 de julio de 1997, por lo que él también vulneró los deberes de cuidado e información señalados en precedencia.

Por último, el riesgo atribuible a cada uno de los profesionales de la salud se realizó en los resultados de muerte a la postre suscitados, ya que en la actuación de los médicos del Hospital San José, tal como lo advirtió el Instituto Nacional de Medicina Legal, no se aprecia irregularidad o desconocimiento alguno de la *lex artis* que rompiera el nexo de determinación entre el peligro provocado y las lesiones al bien jurídico al final producidas, teniendo en cuenta todas las circunstancias que se conocieron *ex post*.⁷⁸

Análisis

En este evento la Corte realiza un análisis más estricto desde la teoría de la imputación objetiva, reconociendo la evolución de dicha teoría y la necesidad de incluir en su análisis criterios distintos al de la creación del riesgo, como el de la intervención de la víctima o de terceros, la competencia que corresponde a un rol social, entre otros. Criterios que ayudan a determinar cuándo se puede y cuándo no se puede imputar el hecho a un sujeto; los cuales deben entenderse como parte integral de la imputación objetiva.

Como se dijo en el capítulo dos, la utilización de todos estos criterios ayuda a determinar la distribución de la imputación entre sujetos mediante la delimitación de sus esferas de responsabilidad. Como se pudo establecer que

⁷⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de noviembre de 2007. Radicado No 27388. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

ambos sujetos de forma independiente crearon riesgos no abarcados por el riesgo permitido y se materializaron en los resultados concretos de muerte de la materna y de su hija, concluye la Corte que ambos actores de forma independiente tuvieron con el resultado final (muertes) una relación que permite imputárselos como suyo, es necesario aclarar que en este caso estamos hablando de dos riesgos independientes y típicos⁷⁹, motivo por el cual cada uno fue condenado por el delito de homicidio culposo en contra de Inés Patricia Amaya Guiza y la recién nacida.

Desarrolla la Corte, en este caso, integralmente el criterio de la posición de garantes, el cual se materializa con el cumplimiento de unos deberes de protección e información que no fueron cumplidos por ambos médicos de forma independiente.

En los casos de omisión del tratamiento médico o quirúrgico debido, como el analizado, se presentó un riesgo que fue asumido de forma independiente por dos sujetos con posición de garantes que tenían unas obligaciones, por su rol, y deberes de desactivar o mitigar dicho riesgo. Aquí la víctima fallece como consecuencia de una omisión, la cual se estructuró al no remitir puntualmente a la paciente a un establecimiento de salud para que se le prestara la atención debida, desde su llegada al Hospital El Tejar. Es claro que la muerte era evitable, la omisión del tratamiento debido se causó a consecuencia de que los médicos no emprendieron la acción correspondiente.

La Corte también analiza las circunstancias que rodearon la atención médica o quirúrgica, medios al alcance del médico, plazos de tiempo disponible etc. Es lógico que un garante como el médico no puede asegurar que su actividad siempre sea exitosa, debe exigírsele una actuación correcta de acuerdo a la lex

⁷⁹ MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2003, núm. 05-05, p. 05:1-05:19. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc05-05.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 05-05 (2003), 24 oct]. Consultado el 8 de febrero de 2012.

artis como era la remisión a un centro hospitalario que contara con las herramientas para atender las necesidades medicas de la madre y su hija⁸⁰, lo cual fue omitido por ambos profesionales.

De acuerdo al orden de las valoraciones médicas, inicialmente la paciente es atendida por GUEVARA TAPIA quien no ordenó la correspondiente remisión. Posteriormente el doctor BARÓN BARRERA realizó un procedimiento erróneo como fue un tacto vaginal no aconsejable en una paciente con placenta previa, acción que, según el Instituto Nacional de Medicina Legal, “no se aconseja practicar [...] por el peligro de desencadenar una hemorragia profusa e incontrolable que puede poner en peligro la vida materna y fetal” e igualmente no ordenó la remisión. Pero a pesar de su actuación ilícita, no determinó jurídicamente la afectación del bien jurídico. Las conductas de BARÓN BARRERA, no rompen el nexo de imputación con el resultado del primer actor, debido a que está demostrado que fue GUEVARA TAPIA, quien finalmente contó con las posibilidades de neutralizar el proceso de riesgo y no lo hizo.

En último lugar existe una actuación posterior omisiva del doctor FRANKLIN ALFREDO GUEVARA TAPIA, quien según la historia clínica estuvo atendiendo a la paciente los días 18, 19, 20 y 21 de julio de 1997 y sólo hasta el último día ordenó con su puño y letra la “remisión a centro de más complejidad”. Lo que demuestra que estando en condiciones de neutralizar el riesgo desplegado en un primer momento por BARÓN BARRERA, debiendo hacerlo, no lo hizo y debe ser condenado como efectivamente sucedió, como responsable del homicidio culposo. En este caso el doctor BARÓN BARRERA actor inicial respondería de una tentativa de delito si obró de manera dolosa, que no es el caso, o no respondería si su obrar hubiese sido imprudente.

Teniendo en cuenta lo anterior se comparte parcialmente la posición de la Corte.

⁸⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. Obra citada. Pag 144 a 152.

3.3 Caso tres: concurrencia de dos comportamientos culposos.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No 13113 del 5 de octubre de 1999.

El día 23 de junio de 1993 fue intervenida en el Hospital de Florencia – Caquetá, Magnolia Garzón Rodríguez con ocasión de su primer parto con gestación de treinta y seis semanas, la cual fue atendida por el Dr. JOSE VICENTE LEON CARRERO. Debido a que presentaba estrechez pélvica le practicó cesárea y una vez nació el bebé, al cerrar la piel se observó un sangrado en capa. Nuevamente se abrió la herida y se encontró atonía uterina; se intentó por diversos medios parar el sangrado, pero como esto resultó inútil, se le practicó una “histerectomía abdominal total” según se apuntó en la historia clínica, y con ello se detuvo el sangrado. El útero extraído fue enviado a patología donde se diagnosticó “útero sin anexos, estado post - cesáreo - Antecedente clínico de atonía uterina”. No obstante que la paciente presentó complicaciones y que en su cuadro clínico no se observaba mejoría, fue dada de alta el 26 de junio siguiente.

El día 29 del mismo mes y año ingresa nuevamente la paciente al Hospital con edema generalizado, siendo atendida en esta oportunidad fue por la doctora MIREYA MAHECHA MAHECHA. Un internista, diagnosticó sepsis abdominal aguda. En vista de que la paciente no respondió a los tratamientos y se agravó, fue remitida al Instituto Materno Infantil de Bogotá (por petición de los parientes) el 6 de julio del citado año, donde fue recibida con diagnóstico de Shock séptico; ese mismo día fue llevada a cirugía y se le extrajeron 4.000 centímetros cúbicos de líquido ascético, el cuello del útero y los ligamentos infundíbulo pélvicos, los cuales, excepto el líquido, fueron enviados a patología. Finalmente la paciente muere el siete de julio por insuficiencia suprarrenal aguda, a consecuencia de peritonitis y cuadro de Waterhouse Friderichsen (insuficiencia suprarrenal aguda secundaria a necrosis hemorrágica bilateral). La peritonitis fibrinopurulenta fue ocasionada por la infección de histerectomía

(cesárea) practicada por atonía uterina. Se encontró infiltración leucémica en la médula ósea y el bazo.

La Fiscalía Décima Especializada acusó a LEON CARRERO y MAHECHA MAHECHA, por el delito de homicidio culposo.

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito, dictó el fallo de primer grado condenando a los procesados, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Florencia.

El siguiente aparte del fallo de primer grado, conforme al análisis en conjunto de los hechos y las pruebas, demuestra cómo el resultado muerte tiene un nexo con la conducta de los procesados:

Por otra parte existe negligencia por omisión del Dr LEON CARRERO respecto del descuido total que tuvo con su paciente GARZON RODRIGUEZ; esto es si se observa la historia clínica tantas veces mencionada, después de la intervención quirúrgica, (...), donde no se realizaron los controles normales de post - operatorio haciéndose de la siguiente manera: el día 24 de junio de 1993, a la hora de las 7:40 p.m., (folio 39 c.o) la paciente presentó 38º grados centígrados de fiebre, la cual concuerda con las notas de enfermería (folio 40 fte. Y 40 vto. c.o), sin embargo se halla que a partir de ese momento (día 24 de junio) no se hizo un seguimiento detallado de la temperatura de la señora GARZON RODRIGUEZ, como sería el caso realizarle una curva térmica; hasta el momento en que se le dio la orden de salida, días éstos (23, 24, 25, 26 de junio de 1993) en que la señora MAGNOLIA presentó un cuadro febril irregular en un post-operatorio, con abdomen abierto, en la cual se debió sospechar infección como causante de su fiebre, por ello el Dr LEON al darle la salida debió haber realizado curva térmica y estar más seguro de que la paciente estuviese estable y afebril y no haberle dado la orden de salida en tales condiciones y sin un control postoperatorio adecuado, máxime si la familia de MAGNOLIA refiere desde el día de la salida de dicho centro hospitalario que ella persistía febril. (...) fue imprudente el DR LEON cuando a sabiendas de todo un proceso quirúrgico delicado pues así lo reporta la historia clínica, concederle prematuramente la salida del hospital a la paciente GARZON RODRIGUEZ.

La Corte por su parte indica lo siguiente:

Como se ve no hay motivo para desvincular al procesado LEON CARRERO de la responsabilidad que le corresponde por la muerte de Magnolia Garzón, porque la infección que invadió sus órganos tuvo origen en la histerectomía que dicho profesional le practicó, quien no tomó las debidas precauciones antes y después de la intervención quirúrgica que le garantizaran una completa recuperación a la paciente, con lo cual ocasionó que su salud desmejorara por la propagación de la infección.

De allí que sea pertinente recordar cómo a lo largo del proceso, desde la calificación del mérito del sumario, se ha tenido que la muerte de Magnolia Garzón Rodríguez se debió a que presentó “un cuadro de sepsis o infección que afectaba los sistemas del organismo y se fueron diseminando hasta ocasionar una falla multisistémica debido al síndrome de Waterhouse Friedrichsen, que es la falla en el funcionamiento orgánico general debido a la lesión de la glándula suprarrenal”, tal como se desprende de la autopsia (fl 338). O, como lo estableció el juzgador que profirió el fallo de primera instancia al referirse a la materialidad de la infracción, aludiendo, entre otras pruebas:

1. Al certificado individual de defunción suscrito por el patólogo del Instituto Materno Infantil, “donde se informa que el estado patológico que produjo la muerte fue “Falla multisistémica” con la cual permaneció aproximadamente 3 días siendo las causas antecedentes Endomiometritis aguda con la que permaneció, mas o menos 7 días y endomiometritis post - cesárea con el mismo lapso fl 5 c.o”.

2. La “Autopsia Clínica fl.178 correspondiente al cadáver de MAGNOLIA GARZON RODRIGUEZ, en donde se observan las siguientes notas y conclusiones “1 Peritonitis fibrinopurulenta secundaria a infección de histerectomía (Cesárea) practicada por atonía uterina. 2. Síndrome de Waterhouse Friderichsen (insuficiencia suprarrenal aguda secundaria a necrosis hemorrágica bilateral) 3.- Septicemia, peritonitis, hígado con filtración con polimorfonucleares, insuficiencia suprarrenal aguda. 4. Hemorragias pulmonares alveolares. 5.- Daño alveolar difuso. 6.- Síndrome Mieloproliferativo crónico.- por autopsia se encuentra peritonitis y cuadro de Waterhouse Friderichsen, lo que le llevó a insuficiencia suprarrenal aguda, causa última de la muerte”. (fls 464 y 465).

En lo atinente a la responsabilidad de los procesados, con base en la abundante prueba documental y testimonial, al referirse a la doctora MAHECHA, se analizó, con fundamento en la historia clínica de la paciente Garzón Rodríguez:

1. Que reingresa al Hospital María Inmaculada con edema generalizado, con temperatura de 38° centígrados y es atendida por la Dra MAHECHA MAHECHA. Gineco obstetra que se encontraba de turno.
2. Que existiendo valoración por el médico internista - Dr Jorge Enrique Cubillos - (cfr fl 63), en la que consignó que la paciente presentaba para el día siguiente a su reingreso, es decir el 30 de julio, sepsis abdominal agudo, continuaba aplicando únicamente antitérmico, sin que se preocupara por suministrar otro tratamiento eficaz para erradicar el foco infeccioso.
3. Que el vómito persistía y que en ningún momento la paciente evolucionaba satisfactoriamente en el lapso comprendido entre el 29 de junio y el 6 de julio, sin responder al tratamiento médico suministrado y más aún cuando los familiares de la paciente insistían en que se ordenara su remisión para Bogotá.

De igual manera se descartó, conforme al análisis del material probatorio y más concretamente de la autopsia realizada por el dr Dimas Denis Contreras Villa, ya transcrita, que la causa de la muerte de Magnolia Garzón Rodríguez fuera el padecimiento de leucemia.

La negligencia que se le atribuyó a la Dra MAHECHA MAHECHA, contrario a lo que piensa su defensor, estuvo cimentada en no haber suministrado el tratamiento médico adecuado y diligente a la paciente cuando ésta reingresó al centro hospitalario, porque presentaba infección puerperal quirúrgica, según su diagnóstico, conforme lo manifestó en su injurada, y según la valoración que se llevó a cabo por el médico internista Dr CUBILLOS, quien diagnosticó sepsis abdominal agudo, Entonces no erradicó de inmediato el foco infeccioso. Ni conociendo los antecedentes de la paciente ordenó la remisión a Bogotá, una vez hizo la valoración a sabiendas de que el Hospital María Inmaculada carece de la Unidad de Cuidados Intensivos como ella misma lo afirmó y aún más si los familiares de la paciente así se lo solicitaban. Mantuvo a la paciente en el centro hospitalario imprudentemente durante siete (7) días, lo que condujo a su gravedad por la sepsis abdominal aguda que presentaba.

Ahora: señala el Tribunal que en la historia clínica no aparecen cultivos a la sangre y orina de Magnolia Garzón y que si se le hubieran hecho, los antibióticos hubieran controlado la infección porque ya eran específicos y no de tanteo. Entonces el descuido y la negligencia que predica el fallador en el trato de la paciente, los radica en que una remisión a tiempo hubiera podido prolongar su

vida útil, pues en el ochenta por ciento de los casos de leucemia aguda se puede reanudar su vida por un tiempo prudencial, controlando los síntomas. Entonces la leucemia no sirvió como excusa de la negligencia con que fue tratada la paciente Garzón Rodríguez”.⁸¹

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decide no casar el fallo impugnado.

Análisis.

Se presentó en este evento un conjunto de conductas realizadas de forma independiente por dos sujetos activos, entre ellas, omisiones que según la Corte dieron como resultado la muerte de la paciente, por parte de los médicos que tenían la efectiva posibilidad de realizar las conductas que les exigía su actividad profesional.

La situación de salud de Magnolia Garzón Rodríguez les imponía una especial posición de protección frente a la vida e integridad física de la paciente, deber que tiene su origen en su rol especial, y por tal razón, tenían la obligación de que ciertos riesgos no alcanzaran a determinados sujetos o bienes, contando con deberes especiales que no tienen otras personas, y debían evitar o tener cuidado con ciertos riesgos aunque no hubieran intervenido en la creación de los mismos, al igual que cumplir con labores de vigilancia o control de determinadas fuentes de peligro, labores que no fueron cumplidas por los dos galenos.

Se trata en este evento de la creación de peligros desaprobados en supuestos de garantes, por parte de dos médicos que de forma independiente contaban con unos deberes específicos de vigilancia respecto de su paciente al momento que fue atendida y valorada por cada uno de ellos; como garantes debían contrarrestar los peligros que amenazaban a la titular del bien jurídico, tenían

⁸¹ Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 5 de Octubre de 1999. Radicado No 13113. M.P Carlos E. Mejía Escobar.

así mismo que omitir, en la medida de lo posible, creaciones de peligros en dirección a los menoscabos que habían de prevenir. Se configuró la creación de peligros desaprobados cuando ambos médicos omitieron realizar procedimientos como eran los controles post-operatorios, dar de alta de forma inadecuada, entre otros, favoreciendo el deterioro progresivo de la salud de la paciente, Hasta este punto se comparte la decisión de la Corte.

Efectivamente se presentaron unas omisiones por parte del primer profesional que trato a la paciente y a pesar de los antecedentes de Garzón Rodríguez, el médico JOSE VICENTE LEON CARRERO, incurrió en las siguientes fallas como es sintetizado en la sentencia:

Fue imprudente por no supervigilar las notas de la historia clínica; por no haber efectuado un control de frecuencia cardiaca fetal que debía inducir a cesárea urgente que indicara sufrimiento fetal agudo que conlleva a la realización de una cesárea urgente. Más bien debió programar una cirugía a corto plazo, con tiempo para solicitar exámenes prequirurgicos (pruebas de coagulación) y preparar adecuadamente a la paciente. Pero estas pruebas se hicieron con posterioridad a la cirugía, conforme al numeral 10 de la historia clínica del 24 de junio de 1993, de la cual no se conocen sus resultados.

La historia clínica revela que no hubo controles normales post-operatorios, pese a que para el mencionado 24 de junio a las 7 y 40 de la noche, la paciente presentaba 38° de fiebre.

Del 23 al 26 de junio la paciente presentó un cuadro febril irregular en un post-operatorio con abdomen abierto, por lo cual debió sospechar infección como causa de la fiebre y por tanto, no debió darle salida, sino realizarle una curva térmica y estar más seguro que la paciente estuviera estable y afebril. Además, la familia de Magnolia Garzón certifica que desde su salida persistía la fiebre. Entonces fue imprudente al concederle de manera prematura la salida del centro hospitalario.

Cuando la paciente varios días después del mismo mes y año ingresa nuevamente al Hospital con edema generalizado fue atendida por la doctora

MIREYA MAHECHA MAHECHA, quien aunque no hubieran intervenido en la creación del riesgo inicial creado por el doctor León Carrero, asumió la posición de garante y tenía la obligación de neutralizar el riesgo desplegado en un primer momento por primer actor, lo que efectivamente no hizo la médico Mahecha, lo que no permite atribuirle el resultado al primer actor, debido a que la doctora Mahecha contaba con todos los medios y apoyo técnico y profesional para controlar el riesgo, rompiendo así el nexo causal entre las actuaciones (comisivas u omisivas) del primer actor y el resultado muerte, concluyéndose así que la única responsable de la muerte fue la doctora Mahecha.

Las actuaciones comisivas y omisivas de La Dra MAHECHA MAHECHA, fueron sintetizadas de la siguiente forma en la sentencia:

Según la historia clínica, se observa que la paciente Garzón reingresa el 29 de junio de 1993 con edema generalizado, con temperatura de 38° grados centígrados y es atendida por la Dra MAHECHA, quien guiándose por los antecedentes pues se había intervenido quirúrgicamente en dos ocasiones, como lo manifestó en sus descargos, diagnostica cuadro séptico, infección puerpal quirúrgica y falla renal.

La doctora espera siete días para la respuesta a este tratamiento (hasta el 6 de julio) a pesar de:

- a) Haber diagnosticado sepsis.
- b) No haber sección séptica en el Hospital.-
- c) No haber sección de cuidados intensivos

Entonces es tardía la remisión de la paciente a Bogotá, porque presentaba un estado casi agónico, cuando ya no había nada que hacer.

Si existía una valoración por parte de un médico internista (Dr Cubillos) sobre sépsis abdominal agudo, no podía seguirla tratando únicamente con antitérmicos, sino que debió preocuparse por suministrar un tratamiento más eficaz para erradicar el foco infeccioso, teniendo en cuenta que el vómito persistía, que en ningún momento evolucionaba de manera

satisfactoria, que los familiares insistían en que les diera la remisión. Sólo hasta el 6 de julio ordena la salida.

La Dra MAHECHA MAHECHA, incumplió con sus obligaciones al no haber suministrado el tratamiento médico adecuado y diligente a la paciente cuando ésta reingresó al centro hospitalario, porque presentaba infección puerpal quirúrgica, según su diagnóstico, conforme lo manifestó en su injurada, y según la valoración que se llevó a cabo por el médico internista Dr CUBILLOS, quien diagnosticó sepsis abdominal agudo, Entonces no erradicó de inmediato el foco infeccioso. Ni conociendo los antecedentes de la paciente ordenó la remisión a Bogotá, una vez hizo la valoración a sabiendas de que el Hospital María Inmaculada carece de la Unidad de Cuidados Intensivos como ella misma lo afirmó y aún más si los familiares de la paciente así se lo solicitaban. Mantuvo a la paciente en el centro hospitalario imprudentemente durante siete (7) días, lo que condujo a su gravedad por la sepsis abdominal aguda que presentaba.

4. CONCLUSIONES

En este breve análisis de la concurrencia de riesgos cuando el segundo actor corresponde a un sujeto activo como es el médico, quien cuenta con un conjunto de obligaciones como garante de bienes jurídicos de quienes se encuentran bajo su esfera de vigilancia, la imputación se fundamenta en el rol de garante que cumple socialmente, al nivel que sus acciones u omisiones pueden eximir de responsabilidad penal sobre el resultado final al actor o actores iniciales de actos delictivos.

Mediante la aplicación de la teoría de la imputación objetiva en este grupo de casos, se pueden determinar los distintos ámbitos de responsabilidad de cada sujeto activo interviniente en diferentes hechos de relevancia para el derecho penal, filtrando a través de todos y cada uno de los criterios aquí analizados, la información empírica en el ejercicio de esa profesión de gran utilidad a la sociedad, como es la medicina, que a pesar de sus altos beneficios crea grandes riesgos para bienes jurídico-penalmente tutelados, como serían la integridad física y la vida.

Al igual que en la medicina, existen otras actividades o profesiones como el tráfico viario, la elaboración y distribución de medicamentos, la producción y distribución de productos alimenticios, actividades que igualmente representan grandes riesgos para los ciudadanos por lo complejo y amplio de las sociedades actuales, lo cual hace necesario ponderar el aporte de las mencionadas actividades con la libertad de los individuos, labor que le corresponde al derecho penal.

La teoría de la Imputación objetiva nace para el derecho penal aproximadamente entre los años 1927 a 1936⁸² y a pesar de sus avances hoy continúa en desarrollo; dicha evolución histórica se ha ido enriqueciendo

⁸² ZAFFARONI Raúl, Eugenio. Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. Obra citada. Pag 385.

progresivamente con un conjunto de criterios que a medida que nacen van resolviendo casos que en un principio no contaban con soluciones adecuadas, convirtiéndose cada uno de esos criterios en elementos integrantes de la teoría, ayudando así a determinar de forma más adecuada y eficiente la imputación de un riesgo creado y la materialización del riesgo en el resultado.

La imputación objetiva requiere como requisitos fundamentales para su aplicación la determinación de la creación de un riesgo no permitido, el cual necesita de una valoración ex ante, y la realización del riesgo no permitido en el resultado en una valoración ex post, etapas que no pueden iniciarse sin que se determine la relación de causalidad entre una causa y un resultado; con lo cual podemos concluir que el principio de la causalidad cumple una labor de igual importancia en la determinación de la creación del riesgo no permitido, como al momento de determinar la realización del riesgo en el resultado. Principio que requiere para su aplicación de la utilización de leyes fenoménicas, leyes científicas, reglas de la experiencia, etc, herramientas que se convierten en más elementos necesarios para la aplicación integral de la teoría de la imputación objetiva.

Por lo anterior y consecuente con la gran riqueza de criterios de imputación como la posición de garante, la injerencia, la competencia por organización o por institución, el fin de protección de la norma entre otros, desarrollados por diferentes teóricos, los cuales no se excluyen entre sí debido a que se complementan y llenan vacíos al momento de resolver casos complejos. Es necesario reconocer que algunos criterios presentan falencias, como es el del fin de protección de la norma, el cual corresponde a una figura demasiado general que no ofrece certeza para establecer cuándo una conducta es de interés o no para el derecho penal, pero a pesar de ello aporta sus beneficios a la teoría de la imputación objetiva.

Situación similar sucede con el criterio de los cursos causales hipotéticos, que algunos autores como Roxin incluyen como criterio para determinar la creación

o aumento del riesgo y otros como Reyes Alvarado lo tienen en cuenta para determinar la realización del riesgo, criterio que en uno u otro lugar recibe múltiples críticas; porque al derecho penal debe interesarle únicamente lo que haya ocurrido y no lo que hubiera podido pasar, debido a que la determinación de la responsabilidad pasaría a depender en mayor o menor grado de factores de suerte.

En lo que respecta a lo que fue el tema central de la investigación, como es la atribución a un ámbito de responsabilidad ajena, se fundamenta la imputación o no del resultado al segundo actor, por la forma en la que ejecutó en un caso específico el rol que corresponde a los médicos como profesionales encargados de la eliminación y vigilancia de fuentes de peligro.

Encontramos múltiples propuestas para dar soluciones a qué imputación se le debe hacer al profesional como garante; muchas pretenden distinguir los casos diferenciando si se realizó o no el tratamiento médico adecuado, el orden de las lesiones, cuáles fueron las circunstancias que rodearon la atención médica correspondiente, los niveles de errores, graves o leves, si es que el profesional de la medicina incurrió en ellos, etc, las cuales pretenden definir cuando el riesgo realizado por el médico fue o no el que se materializó en el resultado.

Como se pudo observar en el primer caso analizado en el cap. 3, las posibles posturas, se fundamentan en criterios que hoy hacen parte integral de la teoría de la imputación objetiva, pero no existe una regla o parámetro que determine de manera concluyente qué criterios se pueden utilizar en qué tipo de caso y ello es de vital importancia, por la incidencia de la utilización de uno u otro criterio a nivel punitivo, cuando es posible condenar por tentativa de homicidio u homicidio consumado solo fundamentado en la escogencia de una u otra regla o criterio, lo que se constituye en una discusión teórica del operador jurídico de turno, pero para los procesados se convierte en cuestión de libertad o prisión.

Por lo anteriormente dicho no podemos demeritar la teoría de la imputación objetiva, pero sí es necesario que al momento de su aplicación se reconozcan las falencias y las fortalezas de sus criterios y en casos de dudas siempre favorecer al procesado, salvando así la posibilidad de emitir decisiones jurídico-penales injustas.

Es claro que el presente trabajo no encontró soluciones definitivas a un tema tan complejo, lo que sí es cierto es que la solución sólo se encontrará en cada caso cuando la valoración se fundamente en un primer aspecto probatorio, y definir después los criterios que se entiendan más correctos para la atribución de responsabilidades entre varios actores. Como se demostró a lo largo del trabajo, la doctrina sugiere varias posibilidades que pueden aportar a la solución satisfactoria del problema.

BIBLIOGRAFÍA.

CHAIA, Rubén A. *Responsabilidad Penal Médica*. 1ª ed., Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2006.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Homicidio y Lesiones Imprudentes: Requisitos y Límites Materiales*. Zaragoza: Editorial Edijus 1999.

FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento Típico e imputación del resultado*, Traducción de la edición alemana (Heidelberg, 1988) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serreno González de Murillo. Marcial Pons. Barcelona: 2004.

JAKOBS GÜNTHER. *La Imputación Objetiva en derecho penal*. 2ª reimpresión. Bogotá Colombia. Universidad Externado de Colombia 1996.

LOMBANA VILLALBA, Jaime. *Derecho Penal y Responsabilidad Médica*. Editorial Diké, Biblioteca Jurídica. 2007.

MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Responsabilidad Penal en el Ejercicio de la actividad Médica*. Segunda edición. Medellín: Editorial Dike, Biblioteca Jurídica. 1998.

REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación Objetiva*. Tercera edición. Bogotá: Editorial Temis, S.A. 2005.

ROXIN, Claus. *Derecho General, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducción de la Segunda Edición Alemana por Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y Javier de Vicente. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. *Intervención delictiva e imprudencia*. Granada: Editorial Comares, 2004.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. 1ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2005.

Páginas de Internet

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Imputación Objetiva y Principio de lesividad. *Revista Argentina de derecho penal y procesal penal* Disponible en internet: <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=47797&print=2>. Consultado el 24 de julio de 2012.

MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2003, núm. 05-05, p. 05:1-05:19. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc05-05.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 05-05 (2003), 24 oct]. Consultado el 8 de febrero de 2012.

ROXIN, Claus. La injerencia e imputación Objetiva. *Revista Derecho Penal*. Traducción a cargo de Raúl Pariona Arana. Disponible en internet: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/311/302>. Consultado el 24 de julio de 2012.

Sentencias Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 5 de Octubre de 1999. Radicado No 13113. M.P Carlos E. Mejía Escobar.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de noviembre de 1999. Radicación No 10776. M.P Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de noviembre de 2007. Radicado No 27388. M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca.