

LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA

Estudio de casos a partir de la tesis de Clause Roxin*

César Javier Valencia Caballero**
Recibido: Septiembre 8 de 2013
Aprobado: Octubre 7 de 2013

RESUMEN

La responsabilidad penal del profesional de la salud históricamente se había fundamentado por medio de teorías causales, tales como: la equivalencia de las condiciones; la causalidad adecuada; y la relevancia típica; éstas resultaron seriamente criticadas e insuficientes para explicar la causalidad en los delitos culposos y omisivos, así como la autoría y participación, razón por la que a partir de los años 60 surge la teoría de la imputación objetiva, la cual resulta ser de mejor rendimiento para el abordaje de los casos de responsabilidad penal médica.

La imputación objetiva, hace parte de la sociedad de riesgo, lo que implica que la medicina sea vista como una actividad peligrosa, es decir, la contingencia de generar lesiones o muertes en la prestación del servicio de salud, resultados que no siempre pueden ser atribuibles jurídicamente a los galenos, pues ya no es suficiente la constatación de la causalidad, sino que además se requiere, analizar *ex ante*, si el galeno incrementó el riesgo socialmente permitido y si éste fue el que finalmente se concretó en el resultado muerte o lesión del paciente.

Para realizar tal análisis, el profesor Clause Roxin, explica cada uno de los críterios que se deben tener en cuenta para el juicio de la imputación objetiva,

*El artículo que se presenta es resultado del proyecto de investigación titulado “Responsabilidad penal médica”, investigación que está en curso y esta adscrita a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Santander UDES. En la misma participa el Semillero de investigación IUS PUNIENDI de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Santander UDES.

** Abogado de la Universidad de Santander, UDES, Seccional Bucaramanga, especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Candidato a Magister en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Profesor de pregrado e investigador en la Universidad de Santander, UDES, Profesor de posgrado de la Universidad Manuela Beltrán en Bogotá y en la Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB. Profesor invitado por la Universidad de Ibagué para el seminario de responsabilidad médica. Correo electrónico: cesarvalencia_85@hotmail.com

específicamente los elementos que excluyen la creación del riesgo y los que no permiten afirmar la concreción del resultado típico. Tesis que si bien no constituye un modelo terminado, sirve de base para comprender la materia estudiada.

Palabras claves: Responsabilidad penal médica, causalidad, imputación objetiva, sociedad de riesgo, actividad peligrosa, y falla médica.

THE OBJECTIVE IMPUTATION IN THE MEDICAL CRIMINAL LIABILITY.

Case studies based on the Roxin Clause

ABSTRACT

Historically, the criminal liability of the doctor had been based on causal theories such as the equivalence of conditions, the adequate causation, and the typical relevance. These theories were seriously criticized and insufficient to explain the causality in the intentional crimes and omission offences as well as the authorship and participation. For this reason, the theory of the objective imputation is developed in the 60's, becoming the best approach to deal with cases of medical criminal liability.

The objective imputation is part of the society of risk, which means that medicine is considered as a dangerous activity, that is to say, the contingency of generating injuries or deaths in the provision of health services. These results may not always be legally attributed to physicians, taking into account that it is not enough to verify causation, but it is also necessary to analyze *ex-ante* if the physician increased the social permissible risk and if it was the final reason for the patient's death or injury.

To carry out such analysis, professor Clause Roxin explains each of the criteria that should be considered for the objective imputation, specifically the elements which exclude the creation of risk and which do not allow to affirm the concretion of the typical result. Although this thesis does not constitute a model in itself, it provides the basis for understanding the studied matter.

Key words: Medical criminal liability, causality, objective imputation, society of risk, dangerous activity and medical failure.

1. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad penal del médico derivada de la actividad curativa no es un tema de hoy, sus antecedentes se remontan a la antigua Mesopotamia, entre el 4.000 y el 539 a.C, “[...] cuando por primera vez se exige formalmente responsabilidad al médico por los errores cometidos en el ejercicio profesional, a través de los preceptos contenidos en el Código Hammurabi, vigente en torno al 1800 a.C.” (Rodríguez, 2012, p.36-37).

Los preceptos del Código Hammurabi, que establecían penas para los médicos, eran los siguientes:

- Precepto 218: Si un médico ha tratado a un hombre libre de una herida grave con la lanceta de bronce y ha hecho morir al hombre, o si ha abierto la nube del hombre con la lanceta de bronce y destruye el ojo del hombre, se le cortarán las manos.
- Precepto 219: Si un médico ha tratado una herida grave al esclavo de un plebeyo con el punzón de bronce y lo ha matado devolverá esclavo por esclavo.
- Precepto 220: Si ha abierto la nube con la lanceta de bronce y destruido el ojo, pagará en plata la mitad del precio del esclavo.

Resulta importantísimo el antecedente citado, pues si bien en este artículo no se profundizará en la evolución histórica de la responsabilidad penal del médico, lo cierto es que desde la mencionada época se evidencia que la persecución penal del profesional de la salud no es un tema de hoy, ni mucho menos mediático. En tiempos del Código Hammurabi, se trataba simplemente de constatar la realización de las hipótesis delictivas mencionadas para asignarle la pena al médico, es decir, el juicio de responsabilidad se evacuaba sin ningún rigor dogmático.

Cabe entonces preguntarse: ¿Hoy por hoy, mediante qué herramienta dogmática podemos constatar o excluir la responsabilidad penal de los profesionales de la salud?

La respuesta es, por medio de la teoría de la imputación objetiva, tema que se abordará a continuación, para lo cual hemos optado por la tesis planteada por el profesor Clause Roxin (2008)¹; empero, como se trata de un asunto complejo y de actual interés, para un mejor entendimiento, primero se explicarán las diversas teorías penales que han servido para demostrar la causalidad y de contera la responsabilidad penal; sobre ellas se harán las respectivas críticas; se mostrará por qué no resultan suficientes para fundamentar la responsabilidad de los galenos; y finalmente, mediante ejemplos se detallará el rendimiento de la imputación objetiva en los delitos cometidos en la actividad curativa, desde la perspectiva del profesor Clause Roxin (2008).

¹ En esta oportunidad el análisis se hace exclusivamente desde la perspectiva de Clause Roxin; primero, porque es el criterio que por regla general aplica la Corte Suprema de Justicia –sala penal–; segundo, por razones de espacio, máxime cuando profundizar en la obra de otros autores, como la de Günther Jakobs implicaría un estudio que rebozaría el número de páginas permitidos para la publicación; y tercero, por cuanto no pretendemos algo más que una reflexión acerca del rendimiento de la teoría de la imputación objetiva en casos de responsabilidad médica, sin que nos adentremos a cuestionar las distintas tesis que la explican. Únicamente haremos alusión a los fundamentos del profesor Clause Roxin, por lo que excluirémos del objeto del artículo algunos elementos de la imputación objetiva expuestos por Günther Jakobs, como lo son: la posición de garante, el principio de confianza, acciones a propio riesgo y el ámbito de la víctima. En otra oportunidad expondremos los fundamentos de dicho autor y su rendimiento en la responsabilidad penal médica.

Antes de abordar los temas planteados, a manera de excurso, debemos decir que en la actividad curativa no solo se pueden cometer delitos a título culposo, sino también dolosos, piénsese en una falsedad en documento sobre la historia clínica; manipulación genética: fecundación y tráfico de embriones humanos; aborto; homicidio por piedad, etc.

En el presente estudio, únicamente haremos referencia a los delitos de homicidio culposo y lesiones personales culposas, ocasionados en la actividad médica, dejando en claro desde ya, que los criterios de imprudencia, negligencia e impericia, en nuestro criterio, fueron abolidos con la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000, y por consiguiente en tratándose de culpa nos referimos al elemento subjetivo del tipo, el cual se constata: *“cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.”* (Artículo 23).

Asimismo, debemos preciar, que para predicar la responsabilidad en los delitos culposos, el juzgador debe constatar el juicio de tipicidad—según Roxin (2008), la “imputación objetiva”, se estudia en la parte objetiva del tipo-; además resulta indispensable evacuar el juicio sobre la antijuridicidad y la culpabilidad. Solo ante la presencia de los mencionados criterios se puede afirmar la responsabilidad penal del autor.

En lo que respecta al juicio de imputación objetiva, se requiere determinar el nexo jurídico entre el comportamiento y el resultado típico, toda vez que según la Ley 599 de 2000, “[...] *la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado*”, (Artículo 8º) precepto que abre la puerta al estudio dogmático de los delitos a través de la teoría de la imputación objetiva, esto es, la verificación de la creación de un riesgo no permitido y la realización de este en el resultado.

2. APUNTE METODOLÓGICO

El presente artículo, es producto de una reflexión descriptiva de la teoría de la imputación objetiva de Clause Roxin aplicado a casos de responsabilidad penal médica. Para el efecto, en el proceso investigativo se indagó acerca de los distintos elementos que componen la mencionada teoría, en general, se trata de dos criterios: 1) la creación de un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y 2) la realización de ese peligro en el resultado concreto. Escogimos la tesis del profesor Roxin porque sus ideas son las que usualmente aplica la Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal.

Para abordar tan compleja tarea, a los largo de la lectura se explica la teoría de la imputación objetiva con innumerables ejemplos que le permitirán al lector comprender la rigurosidad de los conceptos, o por lo menos despejar ciertas dudas sobre tan interesante e innovadora materia.

3. TEORÍAS SOBRE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

3.1 Teoría de la equivalencia de las condiciones

Sus principales exponentes fueron Jhon Stuart Mill (1843) y Von Buri (1873). Tal teoría enseña que toda condición que se aporte al resultado, sin interesar su mayor o menor importancia para la realización de este, se considera suficiente para establecer la relación de causalidad, puesto que “[...] *para la equivalencia la causa no es la suma de todas las condiciones del resultado, sino cada una de las condiciones, aun cuando estas actúan conjuntamente con muchas otras para alcanzar el resultado*”. (López, 1998, p. 26).

La fórmula que utiliza la equivalencia de las condiciones es, la *conditio sine qua non*, o sea “toda condición sin la cual no se habría producido el resultado” (Roxin, 2008, p. 346.), esto es, no existe relación de causalidad cuando suprimo mentalmente el comportamiento y en todo caso el resultado se hubiere producido.

Verbigracia, una persona es apuñalada mortalmente en el corazón, y es remitida al hospital, sitio en el que se le practicará una cirugía de urgencia; pero antes, el médico anestesiólogo suministra los fármacos equivocados y el paciente muere a causa de ello.

Bajo tal supuesto, tendríamos que existe relación de causalidad entre la acción de la persona que apuñaló al sujeto, por cuanto si suprimimos su comportamiento tendríamos que el herido no hubiere tenido que ir de urgencias al hospital y tampoco someterse a la cirugía ni al fármaco anestésico.

Asimismo, existe relación causal respecto al comportamiento del anestesiólogo, toda vez que el medicamento que aplicó fue el que finalmente desencadenó la muerte del paciente.

En este evento, aplicando la fórmula de la equivalencia, tendríamos que tanto el agresor como el galeno, son responsables del delito de homicidio pues ambos aportaron una condición para la causación del resultado.

Clause Roxin califica dicha teoría no solo de inútil, sino que puede inducir al error, toda vez que no explica los casos de causalidad hipotética ni alternativa².

² “P. ej., si se reprocha a alguien haber realizado un fusilamiento ilícito en guerra y el mismo alega que, si se hubiera negado, otro hubiera efectuado el fusilamiento exactamente de la misma manera, entonces se puede suprimir mentalmente su hecho sin que desaparezca el resultado. Pero naturalmente no falta la causalidad de su conducta; pues si se quisiera negarlo, entonces, dado que la conducta hipotética del segundo soldado tampoco habrá sido causal, se llegaría al absurdo resultado de que la muerte de la víctima se ha producido sin causa. Y lo mismo ocurre en el caso de manual de la causalidad alternativa, en el que A y B, actuando independientemente uno del otro, ponen veneno en el café de C; si C muere por ello, pero ya la dosis puesta por A o por B hubiera provocado por sí sola la muerte exactamente del mismo modo, se puede suprimir mentalmente la conducta de cada uno de ellos sin que desaparezca el resultado. Por tanto, volvería a faltar la causalidad respecto de la muerte producida y A y B solo podrían ser castigados por tentativa de homicidio (...)” (Roxin, 2008, p. 350).

Además, a manera de ridiculizar la teoría, se ha dicho que por ejemplo, en el caso planteado, la responsabilidad sería también de los padres del médico anestesiólogo y del agresor, pues aquellos aportaron una condición al procrear sus hijos, y de ahí hacía atrás, podría derivarse la causalidad de todos los ancestros, hasta llegar a Adán y Eva.

Es así que, las críticas que se hicieron a la equivalencia de las condiciones, evidenciaron que tal teoría tenía escaso rendimiento en la sistemática penal, surgiendo de dichos cuestionamiento una nueva opción, la teoría de la causalidad adecuada; veamos de qué se trata.

3.2 Teoría de la causalidad adecuada

El fundador de dicha teoría es el lógico y médico friburgués Johannes V. Kries (1853-1928); según dicho autor “[...] en sentido jurídico material sólo es causal una conducta que posee una tendencia general a provocar el resultado típico, mientras que las condiciones que solo por causalidad han desencadenado el resultado son jurídicamente irrelevantes”. (Roxin, 2008, p. 359.).

Dicho de otro modo, solo son causales las conductas que de conformidad con la experiencia general de la vida explican el resultado típico, lo que implica que las causas que por azar han colaborado a la producción del resultado, se tornan irrisorias para el derecho penal.

Kries utilizó el método de la probabilidad, explicando que dicho cálculo debe “hacerse ex ante, y esencialmente desde el punto del sujeto que actúa u omite. El juicio de adecuación no puede fundamentarse en la absoluta certeza, sino en la estadística, y fundamentalmente conforme la experiencia de la vida, sin desconocer el saber nomológico”. (López, 1998, p. 40-41).

Entonces, para la teoría de la adecuación, es la estadística o la experiencia de la vida, la que explica el conocimiento -probable- del nexo causal que debe existir entre el comportamiento y el resultado típico; por lo tanto, de no hallar razonamiento basado en la estadística o la experiencia, resulta inapropiado afirmar la constatación de la causalidad entre la conducta y el resultado.

Siguiendo el ejemplo relacionado en párrafos anteriores, resulta que si una persona apuñala en el corazón a otra; y esta fallece en el quirófano a causa de la aplicación equívoca del medicamento anestésico, concluiríamos que de conformidad con la teoría de la adecuación, el resultado muerte le sería imputado como delito imprudente al anestesiólogo, pues la experiencia de la vida y la estadística, nos enseñan que el fallecimiento del paciente se debió “probablemente” al yerro en la aplicación del medicamento.

La teoría de la adecuación no estuvo exenta de críticas, pues si bien significó un avance frente al expansionismo causal de la equivalencia de las condiciones -e

incluso se considera como precursora de la imputación objetiva-; lo cierto es, que “[...] no alcanza a solucionar casos en los cuales pese a lo improbable del curso causal y aun del resultado, es innegable la existencia de una causal jurídicamente relevante”. (Reyes, 2005, p. 27).

Por ejemplo, si en el caso que hemos estudiado agregamos que el agresor no solo apuñaló a su víctima en el corazón, sino también en el lóbulo medio del pulmón izquierdo, así como en la vena cava inferior, con el agravante que la cirugía se realizó 30 minutos después de ocurrido el hecho –en este caso, con el correcto uso anestésico- y la operación resultó exitosa, diríamos que el comportamiento del agresor, según la experiencia de la vida y la estadística explica en grado de “probabilidad” la muerte del paciente, mas no su salvación.

Es decir, en tal hipótesis, en estricto sentido, no habría forma de determinar la causalidad para la tentativa de homicidio, por cuanto la ciencia médica, en casos como este, considera improbable que un paciente en esas condiciones sobreviva.

Por tanto, se concluye que la teoría de la adecuación tampoco rinde dogmáticamente para explicar los casos de responsabilidad médica, máxime cuando se trata de una ciencia inexacta³, de medios y no de resultados⁴, que no en todos los eventos cuenta con explicaciones científicas que aporten razonamientos estadísticos que nos ilustren suficientemente sobre la probabilidad de un curso causal de una enfermedad, así como de su resultado; piénsese por citar solo un ejemplo, en la evolución del dengue, patología que en algunos pacientes genera la muerte y en otros no, hecho que en casi todos los casos depende de la evolución propia del paciente.

3.3. Teoría de la relevancia típica

La teoría de la relevancia típica, expuesta por Mezger (1949), constituye el antecedente inmediato de la imputación objetiva, pues aquella distingue entre la causalidad y la imputación, esto es, que no puede derivarse la responsabilidad por la sola constatación del nexo causal, pues además, se requiere determinar la relevancia jurídico-penal de dicho nexo.

Esto es, para constatar la responsabilidad “[...] hay que precisar cuáles de las condiciones que han contribuido a la producción del resultado son relevantes

3 Así lo ha decantado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia del 11 de abril de 2012, rad. N°. 33920, M.P. Ibáñez Guzmán, Augusto J. Posición reiterada en las sentencias del 24 de octubre de 2012, rad. 32.606, M.P. Barceló Camacho, José Luis y del 26 de junio de 2013, rad. 38904, M.P. Castro Caballero, Fernando Alberto.

4AL respecto ver: Ley 114 de 2007 (Artículo 26) Acto Propio de los Profesionales de la Salud. <Artículo modificado por el artículo 104 de la Ley 1438 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Es el conjunto de acciones orientadas a la atención integral de salud, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas. El acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario. Esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medio, basada en la competencia profesional.

para el derecho penal” (López, 1998, p. 45), ya que solo si las causas comprometen la descripción normativa del tipo penal podemos deducir la concreción del resultado típico.

Dicho en otros términos, la causa que concreta el resultado en el delito de homicidio es el comportamiento de matar, mientras que en el de lesiones, es el de lesionar, razonar que si bien soluciona algunos problemas de las tesis anteriores, en nuestro criterio genera dificultades para explicar la tentativa, la autoría y la participación.

En cuanto a la tentativa, porque enseña que la ejecución del *iter criminis* inicia cuando se empieza a cumplir con el verbo rector, pero no precisa desde cuándo se empieza a ejecutar la conducta. (Bernate, 2010, p. 52-53).

Respecto a la autoría y participación, resulta sistemático, pero problemático afirmar que los autores son los que cumplen el verbo rector, mientras que los partícipes no realizan lo establecido en la norma penal, pues tal manera de pensar no explica el fenómeno de la autoría mediata, en el entendido de que quien realiza el verbo rector es el instrumento, mas no el autor. (Bernate, 2010, p. 52-53).

En fin, más allá de los cuestionamientos, se acepta que, tanto la teoría de la causalidad adecuada, como la relevancia típica, fungen como precursoras de la imputación objetiva, esta supera los problemas de sus antecesoras, y sirve para razonar con mayor rigurosidad dogmática la causalidad e imputación en la responsabilidad penal médica, Veamos por qué.

4. TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

4.1 Sociedad de riesgo y la medicina como actividad peligrosa

La teoría de la imputación objetiva parte de un principio básico social: Hoy por hoy, producto del impacto tecnológico que se desencadenó a partir de la Revolución Industrial, los seres humanos interactuamos en una *sociedad de riesgo*; es decir, las personas vivimos en un espacio en el que nuestros bienes jurídicos se encuentran constantemente en peligro.

Es así, que el uso de automotores implica un riesgo, pues es factible que se generen resultados lesivos a los bienes jurídicos cuando no se observan los deberes objetivos de cuidado, verbigracia el no acatar las normas de tránsito, tales como pasar un semáforo en rojo, omitir la señal de pare, o ir a más de la velocidad permitida, comportamientos estos que podrían ocasionar accidentes de tránsito y de contera lesiones o muertes de los involucrados.

Lo mismo ocurre con otros oficios, esto es, las conocidas *actividades peligrosas*, tales como la aviación, la industria, el deporte, etc. Se puede afirmar, que incluso nuestro cuerpo humano, constituye de por sí un riesgo,

piénsese en las relaciones sexuales que pueden generar enfermedades, o el no ser cuidadoso al correr y chocar con un niño, quien resulta lesionado.

Entonces, es claro que en las sociedades modernas, nuestros bienes jurídicos se encuentran en constante peligro, pues la evolución social, implica asumir ciertos riesgos, a cambio de determinadas ventajas para la comunidad.

Por ejemplo, hoy la sociedad aplaude el hecho de que podamos acortar distancias para trasladarnos a otros países, el beneficio lo constituye la invención de la aviación; empero, el transportarnos en un avión implica un riesgo, en el sentido de que el aparato puede fallar y colisionar en el aterrizaje, incluso estallar, y de contera generar la muerte de los pasajeros.

Se trata, pues, de una ponderación de riesgo-beneficio, de utilidad y necesidad; juicio que hace la sociedad para permitir esa clase de actividades en pro del bienestar social, siempre que los sujetos que ejercen dicho oficio se mantengan dentro del riesgo permitido.

En lo que se refiere a nuestra temática, sabemos que la actividad de la medicina no escapa a la noción de actividad peligrosa, y que además se permite el ejercicio de tan loable profesión por el bienestar que genera en la mejoría de la salud y vida de los pacientes.

Asimismo, conocemos que el ejercicio de la medicina puede generar lesiones o muertes a los asistidos, aun cuando el galeno se ha mantenido dentro del riesgo permitido, consecuencias que son socialmente adecuadas. Así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia, al afirmar:

Y es que si hay una actividad peligrosa en la que se deba consentir la existencia de un riesgo permitido es la medicina. En verdad, se admite cierto nivel de exposición al daño inherente a su ejercicio, en tanto se trata de una ciencia no exacta cuya práctica demanda para el colectivo social la necesidad de aceptar como adecuada la eventual frustración de expectativas de curación o recuperación, siempre que no se trascienda a la estructuración de una aproximación al daño evitable no tolerado. (Ibáñez, 2012).

Por tanto, no hay duda sobre la peligrosidad que envuelve el ejercicio de la medicina, pues en esta los galenos, al asumir voluntariamente la protección de los bienes jurídicos de los pacientes, esto es, la vida, la salud e integridad física y psíquica, no pueden garantizar que en todos los casos se cumpla con las expectativas de recuperación –es factible que los pacientes fallezcan o resulten lesionados–, riesgos que asume el paciente y que son aceptados socialmente, siempre que el médico no haya incrementado el riesgo permitido en el ejercicio de su actividad.

En términos prácticos, si en el caso del paciente apuñalado, el anestesiólogo cumplió con los protocolos respecto al suministro del medicamento anestésico,

y el paciente presentó una alergia al medicamento –riesgo inherente-, que a la postre le generó una inestabilidad hemodinámica que desencadenó en un paro cardiaco, ante lo cual el anestesiólogo realizó las maniobras de reanimación, pero el paciente falleció, tendríamos que aquí no se obtuvo el resultado esperado por el paciente y la sociedad. Sin embargo, es claro que el peligro se mantuvo dentro del riesgo permitido socialmente, por lo que resulta desacertado deducir la responsabilidad penal del profesional de la salud.

Ahora, el tema no resulta ser tan simple como se indicó en el ejemplo anterior, pues para predicar la responsabilidad o no del profesional de la salud, la dogmática penal, en tratándose de la teoría de la imputación objetiva ha desarrollado diversos requisitos, que entre otras propuestas, solucionan la problemática que se presentaba en las distintas teorías de la causalidad ya analizadas.

Para el efecto, estudiaremos cada uno de los requisitos de la imputación objetiva desde la perspectiva del profesor Clause Roxin, y mostraremos su rendimiento en casos hipotéticos.

4.2 El ABC de la imputación objetiva de Clause Roxin

Enseña el profesor Roxin (2008) que “[...] un resultado causado por el agente solo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto”. (p. 363).

En otras palabras, para completar el juicio de imputación objetiva, el autor tiene que: crear 1) un riesgo jurídicamente no permitido; y 2) dicho riesgo debe concretarse en el resultado. Pasemos a analizar cada uno de los requisitos mencionados.

4.2.1 Creación de un riesgo no permitido. Se excluye la imputación en los siguientes eventos: a) disminución del riesgo; b) falta de creación de peligro jurídicamente relevante; c) creación de peligro y cursos causales hipotéticos; y d) casos de riesgo permitido.

a. Exclusión de la imputación en caso de disminución del riesgo

Se trata de los eventos en que la víctima ya se encuentra en una situación de peligro; pero el autor, con su comportamiento, logra modificar el curso causal de forma tal que disminuye el riesgo existente para la víctima.

Entre estos casos tenemos, la hipótesis en la que el médico, con su intervención únicamente puede retardar la inminente muerte del paciente; o cuando por un proceso infeccioso de una de las extremidades del paciente, el galeno debió amputar su pierna para evitar el riesgo de sepsis y muerte; o el tratamiento que

se imparte a patologías como el cáncer o VIH, enfermedades de las que si bien se logra retrasar su evolución, a posteriori, es muy probable la muerte de los pacientes; etc.

En estos eventos, y en los que se asemejen, se excluye la imputación y de contera se afirma la inocencia del profesional de la salud.

b. Exclusión de la imputación en ausencia de la creación de un peligro jurídicamente relevante

Tiene que ver con los casos en los que si bien el autor no ha reducido el riesgo de lesión de un bien jurídico penal, tampoco ha incrementado de manera considerable dicho peligro, al punto que se mantiene dentro de los límites del riesgo permitido. Se trata pues, de conductas que se consideran socialmente adecuadas, pese que en la ejecución de las mismas esté inmerso un riesgo.

Al respecto, vale la pena advertir que según la teoría de la adecuación social, la imputación del sujeto “[...] depende de si un observador inteligente antes del hecho (*ex ante*) hubiera considerado que la correspondiente conducta es arriesgada o que aumenta el peligro”. (Roxin, 2008, p. 363).

Sobre este punto son innumerables las hipótesis que pueden presentarse en el ejercicio de la prestación del servicio en salud, pues es sabido que la actividad curativa, pese a buscar el alivio y salvación de la vida de los pacientes, también genera complicaciones que desencadenan riesgos inherentes –frecuentes o infrecuentes–, lo que implica que en ocasiones no se obtengan los resultados esperados, sino, muertes o lesiones.

Por citar algunos ejemplos, tenemos el caso del suministro de anestesia, medicamentos necesarios para la intervención, que en ocasiones desencadenan alergia en los pacientes y de contera su muerte; o el riesgo de infección que pueden generar las intervenciones quirúrgicas, pese que se sigan las normas de asepsia y antisepsia en el procedimiento; o los desgarros que se pueden presentar en una materna que fue sometida a una episiotomía para lograr la expulsión del neonato; etc.

En los eventos referidos, el juzgador debe analizar *ex ante*, si un hombre con los mismos conocimientos del galeno podía representarse los riesgos que desencadena el suministro de la anestesia; las infecciones en intervenciones quirúrgicas; o los desgarros en la práctica de episiotomía, y si su respuesta fuere afirmativa, y además considera que hubiere realizado los procedimientos de la misma manera que sus colegas, debemos concluir allí que se excluye la imputación.

Hablaríamos de imputación, cuando en el juicio *ex ante* se verifica que el galeno no observó el deber objetivo de cuidado para evitar los riesgos previsibles del procedimiento.

Sobre la materia no es acertado que el juzgador realice el juicio *ex post*, pues si bien el suministro de medicamento anestésico puede generar la muerte; o la cirugía una infección que desencadena una lesión o fallecimiento del paciente; o la episiotomía derivar un desgarro perianal; el resultado no es sinónimo de responsabilidad penal, pues la muerte o lesión, en estos casos, se debió a una complicación propia del riesgo previsible de cada una de las actividades médicas realizadas dentro de los parámetros del riesgo permitido.

c. Creación de peligro y cursos causales hipotéticos

Este criterio explica que el resultado sólo puede ser atribuido al autor si este fue quien creó, de manera exclusiva, el riesgo jurídicamente no permitido; empero en tratándose de un curso causal hipotético “[...] la imputación de una realización antijurídica del tipo no puede excluirse porque estuviera dispuesto el autor sustituto, que en caso de fallar el agente hubiera asumido el hecho (principio de asunción)”⁵. (Roxin, 2008, p. 368).

Ejemplo de lo anterior es el evento en el “[...] que a pesar de que el médico incurrió en una infracción a la *lex artis*, la muerte se presentaría inexorablemente en una fecha posterior, porque se trataba de una enfermedad incurable”. (López, 1998, p. 72).

d. Exclusión de la imputación en los casos de riesgo permitido

Valga decir, que este criterio tiene cierta relación con el analizado en el literal b. *Exclusión de la imputación en ausencia de la creación de peligro jurídicamente relevante*. La diferencia consiste en que mientras en este, el autor no ha reducido el riesgo de la lesión y tampoco ha generado un incremento considerable del riesgo; en tratándose de la exclusión de la imputación en los casos de riesgo permitido, el agente, en el ejercicio de su actividad, se mantiene dentro de los parámetros del riesgo permitido.

Dicho de otro modo, los casos de riesgo permitido se refieren a las “[...] conductas que ponen en peligro los bienes jurídicos pero dentro de los límites que establece el ordenamiento jurídico, o dentro de los parámetros que ha venido configurando históricamente la sociedad” (López, 1998, p. 74.).

Ejemplo de ello, constituye el ejercicio de la medicina⁶, la enfermería, la instrumentación quirúrgica, la fonoaudiología, y en general todas las ciencias de la salud, que se realizan conforme a los parámetros legales; o dentro de las guías o protocolos médicos; o según lo descrito en la literatura, en especial la medicina basada en la evidencia; y finalmente, en casos de falta de norma legal

⁵ En la traducción del texto de Roxin se cita a Samson; (1972, p. 129-151) para explicar el principio de asunción.

⁶ En Colombia, respecto a las especialidades en medicina, únicamente se encuentran regulados legalmente –entiéndase norma expedida por el Congreso-, la anestesiología (Ley 6 de 1991) y la radiología (Ley 657 de 2001).

o extralegal, el baremo del hombre inteligente, con conocimientos especiales. Este análisis corresponde a la denominada *Lex artis*.

4.2.2 Realización de riesgos. No se predica la realización del riesgo en los siguientes eventos: a) falta de realización del peligro; b) falta de la realización del riesgo no permitido; c) cuando los resultados no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado; y d) en presencia de las conductas alternativas conforme a derecho y la teoría del incremento del riesgo.

a) Falta de realización del peligro

Se trata de los casos en los que, pese a que el autor crea un peligro para el bien jurídico protegido, el resultado final no se materializa con ocasión de ese riesgo, toda vez que, entre este y el resultado únicamente existe una conexión causal. Es decir, el resultado tiene ocurrencia por medio de una cadena imprevisible de eventos causales, lo que obliga al operador jurídico a determinar cuál de ellos explica jurídicamente la materialización del resultado. Si entre la causa y el resultado solo existe una conexión causal debe negarse la realización del riesgo.

Ejemplo de falta de realización del peligro, es el caso en el que un sujeto fue herido con arma de fuego, luego fue llevado al hospital de primer nivel del pueblo, pero fallece a causa de la negativa del director de la institución en autorizar el traslado para que fuera operado por un cirujano que estaba en un pueblo cercano, municipio que contaba con un hospital dotado de los instrumentos necesarios para intervenir al paciente y salvarle su vida.

En dicha hipótesis, es obvio que existen dos cursos causales que desencadenaron el resultado; sin embargo, entre el disparo y la muerte del paciente sólo se constata una conexión causal, mientras que entre la negativa del director médico para autorizar la remisión y la muerte del paciente, hay una omisión por injerencia, con relevancia jurídica, que permite afirmar que su comportamiento fue el que desencadenó la muerte del paciente. Entonces el homicidio imprudente le es atribuible al director del hospital; en cuanto al sujeto que disparó, este respondería por una tentativa de homicidio.

b) Falta de la realización del riesgo no permitido

Tiene que ver con los eventos en los que el autor ha creado un peligro no permitido y dicho riesgo no excede los límites para la producción del resultado. Se trata de los casos en los que al analizar *ex ante* el comportamiento del autor, resulta negativo el juicio de determinación casual del resultado, por cuanto el riesgo de producción del mismo no se ha aumentado en exceso.

Verbigracia, el caso de un niño de 8 años de edad que ingresa al servicio de urgencias con un diagnóstico de dengue y el médico de turno ordena la

aplicación de diclofenaco –en una pequeña dosis- para bajar la fiebre; luego de tres días el paciente evoluciona favorablemente, pero en la mañana del día siguiente presenta un shock súbito complicado que le genera la muerte.

En este caso, consideramos que el médico elevó el riesgo permitido al disponer la aplicación de diclofenaco, pues dicho medicamento está contraindicado en pacientes con dengue por el peligro de sangrado; no obstante, ese aumento del riesgo no superó en exceso el peligro permitido, pues la muerte del niño se debió al shock súbito que presentó a los días siguientes, lo cual explica que la muerte no se derivó de la aplicación del diclofenaco, sino de la evolución propia de la enfermedad, en tal sentido, el fallecimiento del infante no le es atribuible jurídicamente al galeno.

c) Resultados no cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado

Tal teoría se refiere a los eventos en los que el autor con su comportamiento ha superado claramente el riesgo jurídicamente no permitido, pero el resultado no le puede ser atribuido, puesto que la norma infringida no tenía la finalidad de evitar la ocurrencia del resultado típico.

Roxin nos ilustra ello, con el siguiente ejemplo:

Un dentista le extrae dos muelas a una mujer bajo anestesia total, y esta muere de un fallo cardíaco. Aunque ella le había avisado antes de que tenía algo en el corazón, el dentista había omitido hacer intervenir a un internista, como requería el cuidado debido. Sin embargo, se puede suponer que en la exploración por un internista no se habría descubierto la dolencia cardíaca; pero lo que sí es cierto es que, debido al retraso que hubiera causado el reconocimiento por el internista, la mujer en todo caso hubiera muerto más tarde. (Roxin, 2008, p. 377).

En el presente caso, siguiendo a Roxin, tenemos que:

[...] el deber de consultar a un internista no tiene la finalidad de provocar un aplazamiento de la intervención y de ese modo prolongar al menos a corto plazo la vida del paciente. Por eso no se ha realizado el peligro que quería prevenir el precepto de cuidado infringido, y ahí fracasa la imputación del resultado. (Roxin, 2008, p. 378)

Se concluye entonces, que si el autor infringe el deber de cuidado, hay eventos en los que la norma no tiene la finalidad de evitar el resultado.

Al respecto, pueden citarse también, los casos en los que el cirujano no realiza el consentimiento informado, y aunque ejerce una adecuada técnica quirúrgica, se presenta alguno de los riesgos inherentes al procedimiento. Aquí es claro, que el consentimiento informado busca que el paciente entienda los riesgos y

alternativas quirúrgicas y se someta a ellas, mas no evitar que, aun si el cirujano aplica una adecuada técnica quirúrgica, las complicaciones dejen de ocurrir.

d) Conductas alternativas conforme a derecho y la teoría del incremento del riesgo

Al respecto, Roxin hace alusión a las hipótesis en las que se excluye la imputación “[...] si la conducta alternativa conforme a Derecho hubiera conducido con seguridad al mismo resultado pues entonces no se ha realizado la superación del riesgo permitido en el curso real del acontecimiento”. (Roxin, 2008, p. 379).

Sobre esta tesis, Roxin afirma que solo puede negarse la imputación del resultado si la conducta alternativa conforme a derecho, “de manera segura”, demuestra que aunque el autor hubiere observado una conducta distinta a la señalada en la norma, el resultado en todo caso se hubiere producido. En este aspecto Roxin niega la procedencia del principio del *in dubio pro reo*.

Frente a ello, vale cuestionar la tesis, pues en un Estado Social de Derecho como el colombiano, en el que rige la presunción de inocencia (Constitución Política de Colombia, 1991, Artículo 29), resulta un derecho la aplicación del principio del *in dubio pro reo*, por eso, consideramos, citando a Reyes Alvarado que ello “[...] supone en la práctica una inversión de la carga de la prueba y en consecuencia una considerable limitación al principio general de que toda duda debe ser resuelta en favor del sindicado”. (Reyes, 2005, p. 244).

Piénsese en la hipótesis en la que el odontólogo decide aplicar anestesia sin consultar el médico anesthesiólogo, y el paciente fallece a causa de la anestesia, pese a ello, en el juicio se demuestra que el anesthesiólogo también hubiese suministrado el mismo medicamento y cantidad.

También considérese el evento en el que un médico rural realiza una cirugía que requería la concurrencia del especialista, y el paciente muere en la intervención. Al igual que el anterior, se demuestra que el cirujano hubiere realizado la misma cirugía y además la considera adecuada.

En los ejemplos relacionados, tenemos que tanto el odontólogo, como el médico rural, con su actuar, incrementaron el riesgo jurídicamente permitido; no obstante, como la conducta alternativa de acuerdo a los cánones de la *lex artis*, indica que los especialistas hubieren optado por igual alternativa, debe negarse en ambos casos la imputación del resultado.

Empero, en términos de Roxin, la conducta alternativa debe demostrar de manera rayana en la certeza, que el resultado no se hubiere producido, lo cual, como lo hemos mencionado, se torna desacertado en nuestra cultura jurídica, pues en estos eventos, es indudable la aplicación del principio del *in dubio pro reo*.

4.2.3 El alcance del tipo. Además de las anteriores hipótesis sobre la realización del riesgo, el profesor Roxin también hace alusión al *alcance del tipo penal*; esto es, los siguientes eventos: a) cooperación en una autopuesta en peligro dolosa; b) la puesta en peligro de un tercero consentida por este; c) la imputación del resultado en un ámbito de responsabilidad ajeno; y d) los daños causados por un shock y los daños sobrevinientes. (Roxin, 2008, p. 387–402).

Veamos a qué se refiere cada una de ellas:

a) Cooperación en una autopuesta en peligro dolosa

Se refiere a los eventos en los que una persona “[...] puede incitar o cooperar en acciones de otro que son mucho más peligrosas de la medida normal.” (Roxin, 2008, p. 387), en las que pese a que el autor tenga una intención de lesionar el bien jurídico, la víctima da cuenta del peligro, pero decide asumirlo de manera voluntaria.

Sobre este asunto, resulta bastante ilustrativo el caso citado por Roxin:

(BGHSt 17, 359): El médico A regresó de un viaje a la India infectado de viruela y, aunque se sentía muy enfermo, se puso a trabajar en su clínica sin someterse previamente a reconocimiento. Una serie de médicos y pacientes fueron infectados y enfermaron de viruela. También enfermó el sacerdote de la clínica, que con conocimiento del riesgo se había sometido voluntariamente a cuarentena. (Roxin, 2008, p. 388).

En tal hipótesis Roxin señala que no hay duda que el médico A debe responder por las lesiones o muertes de los otros galenos y pacientes, pues su comportamiento imprudente constituye una creación de riesgo jurídicamente no permitido; situación distinta ocurre con el sacerdote, pues a pesar del riesgo que creó A, aquel asumió el riesgo de lesión o muerte al no someterse voluntariamente a cuarentena.

Aquí, también pueden citarse los casos en los que el médico prescribe al paciente una droga que en exceso puede ser mortal; se le advierte al enfermo de ello, pero este decide ingerir una cantidad mayor de la dosis prescrita, lo que le genera una sobredosis y posterior fallecimiento.

Asimismo, el evento en el que después de una cirugía, el paciente no sigue las recomendaciones de higiene para evitar infecciones, y a la postre esta se generan, lo que le desencadena una sepsis y posterior muerte.

En las dos hipótesis anteriores, no hay duda que los pacientes asumieron voluntariamente el riesgo que podía generar el ignorar las recomendaciones impartidas por el galeno, siendo atribuible la muerte al comportamiento asumido por la propia víctima.

b) La puesta en peligro de un tercero consentida por este

Son casos excepcionalísimos, en los que el sujeto no se coloca dolosamente en peligro por sí mismo, sino que permite que otro lo ponga en riesgo, esto con el conocimiento del peligro que acarrea tal permisión.

Por ejemplo, cuando el ginecobstetra le informa a la materna que, por la posición del feto, es mejor realizar cesárea de urgencia, y así evitar realizar una eventual episiotomía que puede desencadenar en un desgarro perianal, ante lo cual la madre gestante se niega y pide que se le realice el parto vaginal. Finalmente, el especialista recibió el parto, y ante la complicación de la extracción del feto, debió realizar episiotomía, la que generó el desgarro previsto.

En esta hipótesis no puede afirmarse la realización del riesgo a cargo del ginecobstetra, puesto que fue la materna quien permitió que el galeno la pusiera en peligro, esto es, aceptó que ante la práctica de un parto vaginal, por la posición en que venía el feto, era posible la decisión de realizar episiotomía y que esta podía generar el desgarro.

c) La imputación del resultado en un ámbito de responsabilidad ajeno

Hace alusión a los casos en los que “[...] el fin de protección del tipo tampoco abarca ya aquellos resultados cuya evitación cae dentro de la esfera de responsabilidad de otro”. (Roxin, 2008, p. 398).

Sirve de ejemplo la hipótesis en la que un conductor de un vehículo, quien no observa el deber objetivo de cuidado en la conducción, ocasiona serias lesiones a un motociclista. El motociclista es llevado al servicio de urgencias, y muere a causa de un error médico.

El caso se resuelve así: Si el peligro añadido por el médico fue el causante de la muerte del paciente, por ejemplo, no intervenir a tiempo, o la realización de una incorrecta técnica quirúrgica, tendríamos que el galeno desplazó el peligro inicial por uno que corresponde a su exclusiva esfera de responsabilidad, y por tanto la muerte del paciente le sería atribuible.

De otro lado, si la muerte no se desencadenó por una deficiente praxis médica, o el error del médico no explica el deceso del paciente, debemos concluir que la muerte de este le es atribuible al conductor del vehículo.

d) Los daños causados por un shock y los daños sobrevinientes

En lo que se refiere a los daños causados por shock, esto es, los daños que un tercero sufre cuando tiene noticia de las lesiones o muerte causada a una persona cercana a sus sentimientos, se afirma que no puede predicarse la

imputación de dicho daño, puesto que el fin de protección de la norma penal busca evitar las lesiones y muerte del sujeto pasivo, más no el padecimiento de sus parientes o amigos cercanos.

Siguiendo el ejemplo anterior, si el médico erró en la intervención quirúrgica y ello explica la muerte del paciente, la tristeza o congoja que se genere a sus familiares escapan de la órbita del derecho penal. Tal daño podría generar un perjuicio que a la postre puede ser objeto de indemnización en el ámbito del proceso civil, o por medio del incidente de reparación integral de la Ley 906 de 2004.

En cuanto a los daños sobrevinientes, Roxin hace alusión a los casos en los que se produce a la misma persona un segundo daño, que es posterior y que tiene relación con el primer accidente.

Ejemplo de ello es el caso en el que un oftalmólogo, obviando los protocolos de la *lex artis*, le practica una cirugía ocular a un paciente, la cual le generó una ceguera producto de la errónea intervención quirúrgica. Tiempo después, el paciente, mientras caminaba, cayó en un abismo –no pudo verlo, y falleció.

Como puede observarse, la muerte –segundo daño- tiene relación con la primera lesión; empero, como el último resultado escapa al ámbito de protección del tipo penal- se trata de un daño sobreviniente de la ceguera ocasionada por el procedimiento-, en dicho caso, concluimos que la muerte del paciente jamás podría ser atribuible al oftalmólogo.

5. RESULTADOS Y CONCLUSIONES

Advertimos que la responsabilidad penal médica no es un tema de hoy, se remonta a la antigua Mesopotamia; empero los fundamentos jurídicos para constatar o no la condena penal del galeno, continúa en constante evolución y debate. Es la imputación objetiva la tesis que en la actualidad permite una mejor explicación sobre el tema.

Desde el siglo XXI, los conceptos de imprudencia, negligencia e impericia, como moduladores de la culpa, quedaron rezagados a partir de la normativa de la Ley 599 de 2000.

Demostramos de manera conceptual y pragmática el rendimiento de la teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad penal médica, específicamente desde la perspectiva dogmática de Clause Roxin. Queda pendiente, para un próximo estudio, analizar tal problema desde los postulados de Günther Jakobs.

Afirmamos y probamos que las teorías de la equivalencia de las condiciones; la causalidad adecuada; y la relevancia típica, son insuficientes para explorar la

responsabilidad penal del médico, pues los problemas dogmáticos son muchos, y su fundamentación se torna incompleta.

Ilustramos el concepto de sociedad de riesgo y se explicó el porqué el ejercicio de la medicina constituye hoy por hoy una actividad peligrosa. Afirmación que, incluso realiza la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Cuestionamos que la tesis de Clause Roxin excluya la aplicación del *in dubio pro reo*, en los eventos de las conductas alternativas conforme a derecho. Se reitera, tal pensar contraría el principio universal de la presunción de inocencia, y de contera el precepto: “toda duda en favor del reo”, por lo que en Colombia debe aceptarse que ante la duda razonable en la conducta alternativa, hay que dar paso a la absolución por la no constatación de la realización del riesgo.

Finalmente, evidenciamos por medio de ejemplos, cómo la teoría de la imputación objetiva, resulta ser de gran utilidad dogmática para resolver los casos difíciles de la responsabilidad penal médica. Queda pues, que el juzgador se apropie de los conceptos de esta teoría y sepulte los criterios tradicionales de la impericia, negligencia e imprudencia como moduladores de la culpa.

Esperamos que este estudio sirva de guía –sobre el tema de estudio- tanto al operador judicial, los fiscales, litigantes y estudiantes de derecho, y por qué no, a los profesionales del servicio de la salud, quienes son los directamente implicados.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERNATE, F. (2010). *Imputación objetiva y responsabilidad penal médica*. Bogotá: Universidad del Rosario.

LÓPEZ, C. (1998). *Introducción a la imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

REYES, Y. (2005). *Imputación objetiva*. Bogotá: TEMIS.

RODRÍGUEZ, V. (2012). *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico sanitaria* Madrid: Fundación Rafael del Pino.

ROXIN, C. (2008). *Derecho penal*. Tomo I. Madrid, Civitas.

Corte Suprema de Justicia. (2012). Sala de Casación Penal, sentencia del 11 de abril de 2012, rad. N°. 33920, M.P. IBÁÑEZ GUZMÁN, AUGUSTO J.

Corte Suprema de justicia. (2012). Sala de Casación Penal, sentencia del 24 de octubre de 2012, rad. 32.606, M.P. BARCELÓ CAMACHO, JOSÉ LUIS.

Corte Suprema de Justicia. (2013). Sala de Casación Penal del 26 de junio de 2013, rad. 38904, M.P. CASTRO CABALLERO, FERNANDO ALBERTO.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Congreso de Colombia, Ley 6 de 1991.

Congreso de Colombia Ley 599 de 2000.

Congreso de Colombia Ley 657 de 2001.

Congreso de Colombia Ley 906 de 2004.

Congreso de Colombia Ley 114 de 2007.

Congreso de Colombia Ley 1438 de 2011.