

El delito de homicidio

EN COMISIÓN POR OMISIÓN
EN LA ACTIVIDAD MÉDICA

The crime of homicide

BY OMISSION IN THE MEDICAL ACTIVITY

RESUMEN

Al tratar la responsabilidad penal del médico vinculado a una Institución Prestadora de Servicios (IPS) asignado al servicio básico de urgencias se presentan diversos eventos con relevancia jurídico-penal, pero el más notorio se conoce como el “paseo de la muerte”, en el cual los pacientes mueren por la negación de la atención en el hospital.

La causa de dicha muerte es atribuible al profesional de la salud quien omite, previo a la remisión del paciente, la clasificación de la persona en urgencias o triage, lo que ocasiona que esta no pueda recibir a tiempo la atención básica de urgencias y con ello, su consecuente deceso.

Este lamentable hecho imputable al médico y a su equipo de trabajo presenta el inconveniente en determinar si nos encontramos ante un delito de omisión en la atención básica de urgencias, o por el contrario, se puede equiparar con la realización activa del tipo penal de homicidio en su modalidad imprudente.

Palabras clave: Posición de garante, Nexo de evitabilidad, Muerte, Negligencia.

ABSTRACT

By treating the criminal liability of the physician linked to a servicing institution (IPS) assigned to basic emergency service presents various events with relevant legal and criminal, but the most notorious is known as the “walk of death” in the patients die from the denial of care at the hospital.

The cause of the death is attributable to the health care professional who fails prior to the referral of the patient, the classification of the person in the ER or triage, what causes this time may not receive basic emergency care and thus, its subsequent demise.

This unfortunate fact attributable to the doctor and his team has the disadvantage in determining whether we have a crime of omission in basic emergency care, or conversely, can be equated with the active conduct of the crime of murder in reckless mode.

Keywords: Guarantor, Nexus preventability, Death, Neglect.

CARLOS ARTURO RUIZ

*Abogado doctorante en Derecho Universidad Santo Tomás (Bogotá), Coordinador del semillero en Derecho Penal Contemporáneo (EJE: Derecho Penal Económico).
carlosruiz.derecho@gmail.com*

Recibido:
17 de abril de 2012
Aceptado:
10 de mayo de 2012

* Investigación terminada: Está pendiente su sustentación para optar al título de magister en Derecho Penal: “Aproximación a la omisión en la Atención Básica de Urgencias. Problemática y formas de tipificación”, investigador principal, segundo semestre del año 2010.

INTRODUCCIÓN

En Colombia, se ha venido presentando como hecho generalizado que afecta a las personas que por enfermedad o accidentes consultan los servicios básicos de salud de su empresa promotora de salud, la siguiente situación conocida en diversos escenarios como el “paseo de la muerte”:

Los pacientes mueren por ser trasladados de un centro hospitalario a otro, o por la negación de la atención en el hospital, entre otras múltiples causas, atribuibles todas, a la negligencia institucional o al profesional de la salud quien omite, previo a la remisión del paciente, la clasificación de la persona para la atención de urgencias o *triage*, lo que ocasiona que esta no pueda recibir a tiempo la atención básica de urgencias y con ello, su consecuente deceso.

Frente a esta situación, los órganos de control y vigilancia competentes se han visto obligados a adelantar, en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud, investigaciones disciplinarias en las que han terminado sancionadas las EPS por negar el servicio de atención básica de urgencias. Sin embargo, no se ha logrado obtener que las entidades que prestan el servicio de salud y su personal, mejoren el servicio y corrijan sus actuaciones para que no se sigan presentando las afectaciones a la vida e integridad de los pacientes ni se las defraude al sistema de salud.

Por ello, ante la negativa en la atención inicial de urgencias y la poca eficiencia del Derecho Administrativo Sancionatorio para so-

lucionar esta problemática, se hace necesario intervenirla mediante el sistema penal en su función preventiva.

En razón de lo anterior, se plantean en esta investigación las preguntas de si es necesario para Colombia crear el delito de omisión en la atención inicial de urgencias y cuál debe ser el tratamiento jurídico penal de esta omisión, para verificar qué delito podría aplicarse o si es necesario tipificar una nueva conducta punible.

La respuesta al interrogante conduce a señalar de manera positiva la creación del delito de omisión en la atención básica de urgencias, de acuerdo a la siguiente argumentación: primero, la conducta de omisión de socorro consagrada en el Artículo 131 del Código Penal colombiano no colma el grado de daño anti-jurídico que la conducta de negación del servicio básico de urgencias, cometida por parte del personal clínico y administrativo, genera tanto al bien jurídico individual de la integridad personal como a la salud pública como bien jurídico tutelado.

METODOLOGÍA

Cabe señalar, que entre los instrumentos metodológicos utilizados para recoger la información de la presente investigación se encuentran la ficha documental de análisis y la matriz de categorías. Estos instrumentos, corresponden a la perspectiva metodológica aplicada en la investigación, la cual es de carácter descriptivo y cualitativo, en tanto trata de identificar la naturaleza, estructura y manifestación del fenómeno conocido a nivel social como “paseo de la muerte”.

Así las cosas, la ficha documental permitió dar cuenta de la doctrina relacionada con el tema; al tiempo que la matriz de análisis registró eventos y casos hallados sobre el “paseo de la muerte” como fenómeno de estudio, clasificándolos de acuerdo a unas categorías construidas de manera intencionada, a saber: fuente, lugar, fecha, actores afectados, entidad acusada, evento, causas y consecuencias.

A su vez, el marco teórico expone el tratamiento jurídico penal que se ha dado por parte de doctrinantes españoles, al comportamiento de la omisión en la atención básica de urgencias y la conceptualización y delimitación de la salud pública como categoría jurídica penal. Todo lo anterior, permitió esclarecer el fenómeno social y concluir que para la realidad colombiana es necesaria la prohibición penal en estos hechos.

CONCLUSIONES

El fenómeno de la negación de los servicios básicos de urgencia a la población vulnerable que los solicita, se puede explicar en razón del alto índice de corrupción al que han llegado los operadores del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), quienes se aprovecharon de su posición al interior del sistema para defraudarlo y enriquecerse ilícitamente, a través de la utilización antijurídica de su propia red de servicios.

Así las cosas, para la defraudación al acceso a la salud pública algunos operadores emplearon maniobras como la solicitud de requisitos no contemplados en la ley o previamente de-

rogados, entre los que se incluyen: exigencia de un convenio previo para la prestación del servicio entre la EPS y la IPS, exigencia de pago anticipado del servicio alegando que la urgencia no la cubre el plan básico de salud, exigencia previa al usuario del registro o carné de afiliación para atender la urgencia, falta de semanas cotizadas al sistema o atrasos del empleador en los pagos de la seguridad social.

EL DELITO DE HOMICIDIO EN COMISIÓN POR OMISIÓN EN LA ACTIVIDAD MÉDICA

La conducta de matar contenida en la estructura del tipo penal de homicidio se puede llevar a cabo tanto por comisión como por comisión por omisión. Para que se configure el delito de homicidio en comisión por omisión es necesario que la afectación real/material de la vida humana independiente, se haya dado porque un sujeto cualificado no cumplió con el deber de impedir su lesividad. Es decir, la lesividad del bien jurídico se le atribuye al sujeto cualificado por no haber evitado el resultado estando en capacidad de hacerlo (Figueroa, 2006, p. 86).

Tiene el deber concreto de evitar el resultado de lesión al bien jurídico o de protegerlo de afectaciones el autor cualificado o el garante, quien es el que ostenta un vínculo especial en relación con el bien jurídico. No obstante, al tratar la responsabilidad penal del médico se genera el problema de en qué evento la omisión del servicio básico de urgencias se puede equiparar con la realización activa del tipo penal de homicidio. Esto se da, por ejemplo, cuando el usuario llega a la entidad en un es-

tado de grave peligro para su salud y para su vida, solicita acceso al servicio de urgencias, el médico omite sin justa causa prestarle la atención y se produce la muerte del usuario. En este caso, surge el problema antes planteado de delimitación entre la omisión en la atención inicial de urgencias respecto al homicidio en comisión por omisión.

Ahora bien, en la actividad médica se pueden generar estos tipos de comisiones más la omisión propia con posición de garante, ejemplo de esta última, es la omisión en la atención básica de urgencias de la cual se viene hablando. Sobre el tema cabe preguntar si ¿es suficiente la cláusula de posición de garante para la equiparación con la comisión activa? En caso afirmativo, ¿cómo se comprende?

Hasta aquí se ha ilustrado cómo en un sector de la doctrina española, al abordar el estudio de los elementos del delito de omisión del personal sanitario, concluyen que la posición de garante del médico de urgencias no es suficiente para atribuirle la lesión o la muerte del paciente, cuando estos resultados se derivan de la denegación del servicio básico de urgencia.

Sin embargo, en la doctrina no existe un único criterio sobre la posición de garante. De allí que se puedan identificar posturas como las siguientes:

Teoría Formal de la Posición de Garante

Para esta teoría son fuentes formales de la posición de garante la ley, el contrato y la conducta anterior del sujeto o injerencia. Estas

fuentes permiten equiparar la omisión con la acción, sin tener en cuenta el contenido de la obligación jurídica, por ello, esta teoría no brinda ningún elemento material que delimite la responsabilidad penal (Ferré, Núñez y Ramírez, 2010, p. 269).

Es Schmidt, citado por Chaia (2006, p. 68), quien de manera formal construye la equivalencia para hablar de comisión por omisión a partir de la profesión médica y del Código de Ética Médica, para imponerle al galeno el deber jurídico genérico, de impedir en todo tiempo y lugar la lesividad de los bienes jurídicos de terceras personas que se encuentren en una situación real de peligro. Por lo tanto, para Schmidt el compromiso genérico de la protección implícito en la adopción de la protección médica constituye la base que hace todo médico un garante, por ello pretende hacer responder por comisión por omisión a todo galeno que no atienda al paciente que luego fallezca o sufra lesiones.

Se ha criticado a Schmidt por apoyarse únicamente en los deberes éticos consagrados en el Código Deontológico, porque estos criterios son insuficientes para la configuración de la posición de garante. Equiparar al médico con el deber profesional del policía o bombero, quienes poseen la obligación jurídica de prestar atención médica en todas aquellas situaciones agudas de peligro es maximizar al extremo la posición de garante.

La Teoría Material o de las Funciones de la Posición de Garante

Según Gómez (2005, p. 139), la teoría mate-

rial de la posición de garante parte de reconocer el contenido del deber jurídico de defensa que tiene el garante frente a determinados bienes jurídicos y/o de vigilar o neutralizar ciertas fuentes de riesgo cualquiera que sea su proveniencia. Reconoce la relación especial del autor con el bien jurídico, de allí que este tenga el deber de salvaguardar un bien jurídico concreto y/o de controlar una fuente de peligro. En este sentido, la protección al bien por parte del garante, se puede generar cuando asume deberes contractuales.

La fuerza de esta propuesta no se encuentra en el contrato como tal, sino que, entiende el inicio de la posición de garante cuando ante una situación de peligro contemplada precisamente en el contrato, el garante omite voluntariamente el deber de neutralizar o controlar el riesgo que amenaza al bien jurídico y en su recorrido termina lesionándolo.

Conste pues que, no se trata ya de la validez formal del contrato, sino de la asunción voluntaria del autor de sus obligaciones contractuales en relación a un determinado bien jurídico (Forero, 2002, p. 65). Así, para el caso del homicidio, el hecho de no evitar la muerte apenas puede “equipararse” a causarla cuando existan para el autor especiales deberes de defensa, cuidado y vigilancia respecto a la vida de otro.

Nótese que el sujeto activo calificado o autor del homicidio en comisión por omisión solo puede ser el garante. Quien tiene la obligación jurídica concreta de vigilar y garantizar a una persona individualmente considerada la indemnidad de su vida. Por ello debe neu-

tralizar un proceso causal (anularlo o desviarlo) para evitar que afecte la vida humana independiente, de no ser así, se le imputará la muerte como si él mismo lo hubiere generado (*Ibíd.*, p. 55).

Aclara Gómez (2003, p. 360), al momento de presentarse la acción esperada por parte del sujeto pasivo pero omitida por el autor, debe existir previo al riesgo o peligro para el bien jurídico tutelado de manera clara y concreta la obligación jurídica de evitar la lesión. El garante únicamente está obligado a una tipología de peligro, por ejemplo “el médico es garante de la salud del paciente con los medios del arte médico, pero no asume obligaciones de controlar ataques de terceros”.

Para Molina Arrubla (1994, p. 86), esta teoría de funciones tiene alcance en la legislación colombiana puesto que al médico se le impone la obligación de prestar sus servicios en todos aquellos casos de urgencias. En tanto, entiende que el médico de urgencias ha aceptado de manera previa asumir la protección del bien jurídico de cada paciente que llegue al servicio de urgencias, no requiriéndose en cada caso, ante cada paciente, la asunción efectiva y material de tutela al bien por parte del galeno, para imputarle el resultado de lesión del bien jurídico.

En el mismo sentido se pronuncia Molina Fernández (1998, p. 183), quien afirma que la aceptación previa por parte del médico del servicio de urgencias es para cualquiera que lo necesite, lo que equivale materialmente, en un momento posterior, a la asunción del tratamiento del paciente individual.

Explica Molina Arrubla (1994, p. 86), que si un médico, no obstante, la situación de urgencia de una persona, se abstiene de dispensar el servicio hasta tanto el paciente no garantice el pago de los correspondientes honorarios profesionales, de producirse alguna afectación en la vida, salud o integridad personal del paciente, por causa de tal omisión, podrá luego deducirse responsabilidad penal al médico, habida cuenta su inobservancia manifiesta a la posición de garante que por virtud del mandato legal, le ha sido diferida.

En contra de esta tesis se manifiesta Silva (2004, p. 72), quien critica el hecho de que se considere suficiente la mera presencia del médico de turno en el servicio de urgencias, para que este adquiera materialmente la protección del bien por asunción, esto es, para poder apreciar la equivalencia con un delito comisivo.

Además, Silva identifica una suplantación inapropiada, pues es solo el acto concreto y real de asumir la evaluación y estabilización de un paciente específico con el que se entabla el acto médico. Es decir, lo correcto es que el galeno establezca una relación de dominio real y no ficticio o hipotético del proceso de riesgo ante quien acude a los servicios de urgencias por estar en un estado real de peligro para su vida.

Bajo esta perspectiva, para García (2001, p. 26) no es posible determinar la equivalencia estructural requerida en la comisión por omisión en aquel médico que no ha asumido el compromiso frente a una persona determinada, sin que exista una relación previa concreta médico-paciente.

La Teoría del Funcionalismo Radical y la Posición de Garante

Explica Solórzano (2011, p. 154) que para el funcionalismo radical la conducta es la evitabilidad de una diferencia de un resultado, por ende, la omisión resulta como la “evitabilidad individual de la producción de un resultado” y la acción como causación evitable de este. De igual modo, para Jakobs (1997, p. 325) la acción debe entenderse como un acto comunicativamente relevante.

Así, la posición de garante alude al deber jurídico de una persona de actuar para evitar el resultado típico. Deber que tiene como fuente una obligación de origen contractual, legal o de una situación de peligro previamente creada por el sujeto. Es por esto que, lo importante para el Derecho es determinar quién es el competente para la realización de un resultado, en tanto que las personas como miembros de la sociedad, al ser portadoras de roles y de expectativas de comportamiento, se convierten a su vez en garantes, con lo cual pierde toda utilidad la distinción entre acción y omisión (Bernate, 2007, p. 218).

En este sentido, existen desde la teoría funcionalista radical dos clases de roles o deberes que fundamentan la responsabilidad penal, a saber:

- Rol común o deberes negativos: es el que tiene toda persona en razón de vivir en sociedad, del cual se espera que al momento de organizar su ámbito de actuación social (ejercicio de libertad) evite consecuencias que pueden ser nocivas para los bienes jurídicos, ya que en caso

de lesionarlos, asumirá la sanción penal por no respetar al otro en su propio derecho (Solórzano, 2011, p. 170).

- Deberes positivos en virtud de competencia institucional o rol especial: según Bernate (2007, p. 259) este rol se caracteriza porque el garante institucional tiene la obligación de prestar ayuda y de protección.

En materia de responsabilidad penal médica, para el funcionalismo radical, el médico del servicio de urgencias debe responder penalmente por homicidio, cuando se presente un resultado negativo para el usuario del servicio de salud, como consecuencia de la defraudación por parte del médico del rol especial o competencia institucional; ya que de acuerdo al rol, este tiene la obligación jurídica de ayudar al usuario, y protegerlo del riesgo grave que lo amenaza en su vida.

La Teoría de la Equivalencia Estructural y Material de la Posición de Garante

Schunemann, Luzón Peña, Gimbernart, Huerta (Lascurain, 2005, pp. 23-37), Silva (2003) y Gracia Martin (2004), sustentan a pesar de sus diferencias, la cuarta tesis; a partir de la cual se entiende la equivalencia de la estructura típica del delito de omisión impropia con el de comisión activa, bajo la idea del dominio o control sobre el riesgo que amenaza un bien jurídico, unida a la vulneración del compromiso adquirido que termina en el resultado típico.

Esta corriente teórica encuentra en el concepto de riesgo, la fuente de la obligación jurídica

de garantizar la integridad del bien jurídico. Quien ha creado o incrementado el peligro por encima de lo permitido, tiene el deber de hacer lo necesario para contrarrestar sus efectos sobre el bien jurídico tutelado (Terragni, 2010, p. 373).

Así, mediante una decisión personal el autor incorpora a su ámbito de dominio el riesgo que amenaza al bien jurídico. De esta forma, se logra configurar tal y como sucede en la comisión activa la situación descrita en el tipo penal. Esta asunción es denominada por Gracia Martin (1994, p. 75) como “posición de garante específica”. No obstante, pese a este dominio del riesgo, el autor omite la acción puntual de neutralización del riesgo determinante del resultado de lesión del bien jurídico tutelado.

Para Silva Sánchez (2003, p. 471) lo decisivo es determinar cuál es el fundamento material que hace de la asunción de funciones de protección de bienes jurídicos surgir la posición de garante. Tal fundamento no se halla en la asunción en sí. Al contrario, radica en la confianza que esta despierta en la víctima o en otros terceros, tal confianza provoca en ellos reacciones consecuentes: el abandono de otras medidas de protección o la renuncia a adoptarlas.

En síntesis, estos autores parten del análisis de un comportamiento activo precedente, quien así actúa se coloca en posición de garante y establece un vínculo que antes no existía en relación con el bien jurídico. El garante tiene la obligación jurídica de actuar activamente para extinguir la situación de peligro, y la vic-

tima la esperanza de que así ocurra (Terragni, 2010, p. 374).

Conducta de Comisión por Omisión en el Artículo 25 de la Ley 599 de 2000

Toda esta recapitulación de la posición de garante, tiene cabida presuntamente, en el Código Penal colombiano en su Artículo 25¹, menos la teoría formal de la posición de garante. Debido a que en la *Gaceta* del Congreso No. 104 del 6 de abril de 2000, en lo relacionado a la mesa de trabajo del Artículo 25, se afirma que las posiciones de garante orientadas por la teoría formal se quedan cortas y demasiado reducidas frente al principio de solidaridad, y sus efectos al ámbito del Derecho Punitivo, principio contenido en la Constitución².

Además de esto, una postura formal (como la sostenida por Eberhard Schmidt³) conduce a

soluciones insatisfactorias desde el prisma de los principios de legalidad, lesividad y proporcionalidad entre lesión al bien jurídico, culpabilidad y punibilidad. Por ello la Fiscalía y los profesores invitados presentan una propuesta material en las posiciones de garantía⁴. Ya que, la solución debe apuntar también hacia la determinación de criterios materiales de equiparación.

En contra de la regulación de las situaciones materiales de la imputación del resultado en materia de delitos impropios de omisión se pronunciaron en su momento Bernal Cuéllar y Montealegre Lynett, quienes afirmaron la no necesidad de regular las fuentes de posición de garante en el nuevo Código Penal por cuanto “las funciones sociales que cumpla el sujeto en sociedad” no lo requieren (Gómez, 2004, p. 114).

Del Artículo 25 del Código Penal colombiano se derivan los siguientes elementos como forma para determinar la conducta en comisión por omisión:

(a) La posición de garante y la ausencia de acción determinada: Para Solórzano (2011, p. 171) en el estudio del Artículo 25 de la Ley 599 de 2000 se debería adoptar como teoría de la posición de garante la material o de las funciones, porque de acuerdo al tenor del artículo, el autor en referencia, ve como fuente de la cláusula de posición de garante la estrecha relación de este con el bien jurídico tutelado, esto es, en el delito de homicidio existe

1. Artículo 25. Acción y Omisión. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión. Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley. Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones: 1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio. 2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas. 3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas. 4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente. PARÁGRAFO. Los numerales 1, 2, 3 y 4 solo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.
2. *Gaceta* del Congreso 104 del 6 de abril de 2000. pp. 9 y 10.
3. Para Schmidt, por el solo hecho de ser médico, existe posición de garante y por ende, responsabilidad en comisión por omisión en caso de no evitar un resultado lesivo. Tal deber de garante lo deriva del Código de Ética Médica.

4. *Gaceta* del Congreso. Senado y Cámara. No. 139, agosto 6 de 1988. p. 5.

una especial y específica relación de vínculo con la víctima.

Adviértase que, a pesar de lo sostenido en esa obra, señala el profesor Solórzano (*Ibid.*, p. 172) que la jurisprudencia colombiana tanto de la Corte Constitucional⁵ como de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia⁶, en el tema sobre el fundamento de la posición de garante, viene sosteniendo los postulados desarrollados por el funcionalismo radical.

Sin embargo, en el presente trabajo se considera que la tesis más adecuada a seguir en el delito de homicidio en comisión por omisión en la actividad médica, es la tesis del dominio o control efectivo del riesgo que amenaza al bien jurídico.

Tal postura, parte de reconocer que cuando el médico de urgencias ha dado origen al acto médico, todo su ejercicio debe estar guiado por una buena práctica médica, es decir, la relación con el paciente que se encuentra en una situación de riesgo grave debe desenvolverse por la *lex artis* o ciencia médica. Es por eso, que el paciente renuncia a la búsqueda de otras posibles medidas neutralizadoras del riesgo grave que enfrenta y deposita su confianza en el médico, quien asume de manera concreta el dominio del riesgo que amenaza la vida.

De este modo, el médico como sujeto activo

se erige en barrera de contención de los posibles riesgos para la vida del paciente y cabría apreciar la equivalencia estructural y normativa con el actuar positivo a efectos de imputar los resultados producidos en comisión por omisión (García, 2001, p. 27).

(b) Resultado: De acuerdo a lo anterior, el segundo requisito del delito de homicidio en comisión por omisión es el resultado de lesión para la vida humana independiente del paciente que se concreta en su muerte. Resultado que precede a la ausencia de la acción determinada como primer requisito de la omisión impropia (Mir Puig, 2002, p. 317). Además del resultado es necesario establecer un vínculo entre estos elementos que la doctrina ha denominado causalidad hipotética o “nexo de evitación” para emplear la expresión lingüística que aparece en el Artículo 25, inciso 2o, ya transcrito y poder llevar a cabo un contraste completo con el nexo de causación propio de los comportamientos comisivos.

Velásquez (2004, p. 336) explica que para comprobar la existencia de este nexo de evitación o causalidad hipotética, el juez o el analista deben acudir a una fórmula en virtud de la cual –partiendo de la teoría de la equivalencia de las condiciones– se afirma que la omisión es causa del resultado, si puesta mentalmente en su lugar la acción esperada, que no es realizada por el omitente, el resultado desaparece con certeza, con seguridad.

Chaia (2006, p. 160) en la misma dirección de Velásquez, asigna a la causalidad hipotética la calidad de ser una categoría del pensamiento, el resultado de una elaboración lógico-

5. Sentencia SU-1184 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

6. Radicado: 28017 del 14 de noviembre de 2007. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca; Radicado 32582, octubre 28 de 2009. M.P. Javier Zapata Ortiz; Radicado 25536, 27 de julio de 2006.

cognoscitiva, que explica un acontecimiento a partir de presupuestos positivos o negativos que lo hacen posible. Advierte el autor referenciado un inconveniente a la anterior construcción lógica. El principal problema de la comisión por omisión es imaginar a partir del comportamiento legalmente previsto, lo que hubiera pasado con el resultado de haberse dado por parte del garante el comportamiento esperado. En este sentido, el nexo causal se constata mediante un doble juicio hipotético que tiene lugar entre la verificación de la omisión y el resultado lesivo y, por otra parte, entre la acción debida y no llevada a cabo y la lesión del bien jurídico tutelado (*Ibid.*, p. 161).

Es decir, se puede afirmar el nexo de evitación cuando entre la acción de atención inicial de urgencias cuya prestación inicial es inaplazable y necesaria es omitida sin justa causa por el médico y la muerte del paciente, la comparamos mentalmente con la acción esperada y no llevada a cabo por el galeno, desaparece con certeza o seguridad la muerte del paciente.

Lo que acontece en este evento, es que se trata de una persona que llega a un servicio médico de urgencias a solicitar el derecho a la atención inicial por encontrarse inmersa en una situación de riesgo grave para la vida o integridad personal. Se acepta en este caso el nexo de evitación cuando el acto omitido de la atención hubiera probablemente impedido que el resultado se produzca. Hurtado Pozo (1987, p. 172) explica que no se trata pues de aportar la prueba de un suceso real, sino de una hipótesis: es preguntarse qué habría pa-

sado si el comportamiento omitido se hubiera realmente producido.

Recuérdese que el médico y sus asistentes están en la obligación de realizar todo lo que esté a su alcance para estabilizar y restablecer la salud de la persona que se encuentra en una situación de riesgo grave y eliminar el mal o daño que la acompaña⁷. De esta manera, se atribuye normativamente el resultado al garante quien no impide la muerte del paciente teniendo la posibilidad de hacerlo, puesto que así lo estableció el Artículo 25, “Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal”.

En realidad, la causalidad hipotética es un juicio de imputación objetiva, cuyo objeto es la constatación de que el riesgo creado por el incumplimiento del compromiso de contención es un riesgo que se ha realizado en el resultado (2002, p. 971).

(c) La capacidad de acción debe comprender la capacidad de evitar dicho resultado. Este requisito es esencial. Para que se configure o se consuma la conducta de comisión por omisión, el sujeto activo (el médico) debe tener capacidad individual de actuar.

La base para imputar el resultado al garante se encuentra en la posibilidad real de evitarlo, debido a que el sujeto tiene en sus manos

7. Sentencia de agosto 31 de 1989. M.P. Humberto González Gutiérrez. Citada por Solórzano (2011, p. 84).

la “posibilidad de controlar la no producción del resultado típico” (Gómez, 2003, p. 292). Bajo esta perspectiva, el galeno que presta sus servicios profesionales en urgencias clínicas conoce la ciencia médica y en su actuar debe ser guiado por sus competencias y actitudes para obtener una buena práctica a menos que, con justa causa no lo pueda hacer.

Tal y como lo explica Jescheck (2002, p. 664), la capacidad individual de acción del sujeto activo es comprendida como “la posibilidad de que alguien que tiene que pensar en plena posesión de todos los conocimientos y capacidades del hombre medio pueda llevar a cabo la acción ordenada”.

(d) Tipo subjetivo: el deber subjetivo de cuidado: en la imprudencia hay un tipo subjetivo que atiende a la capacidad individual, al nivel de conocimiento, previsibilidad y experiencia del sujeto (Muñoz, 2004, p. 286). En términos de Bustos y Hormazábal (1999, p. 172) la conducta imprudente posee una esencia subjetiva que consiste en que el sujeto conozca que está frente a una actividad peligrosa y por ende, está obligado jurídicamente a actuar de una manera concreta. Desconocer este aspecto subjetivo es responsabilidad objetiva.

De acuerdo al Artículo 23⁸ del Código Penal colombiano, el deber subjetivo de cuidado debe ser entendido a partir de la previsibilidad. Siguiendo al profesor Quintero Olivares, la previsibilidad del resultado es indepen-

diente de que el sujeto concreto lo haya previsto o no. De ahí que la previsibilidad es un concepto relacional en tanto se predica de un evento (lesión de un bien jurídico tutelado) cuyo suceso pudo preverse desde una perspectiva *ex ante* (2002, p. 361).

De lo dicho se colige, la previsibilidad es un juicio hipotético realizado desde una perspectiva *ex ante* por parte de un operador jurídico con el fin de atribuir un resultado al autor que conoce o tuvo la posibilidad de conocer el peligro de la realización de su conducta para los bienes jurídicos de un tercero, y sin embargo el autor sigue actuando (Chaia, 2006, p. 103). Para adelantar el juicio se emplea el criterio del hombre medio (sujeto ideal, inteligente y cuidadoso).

Desde otro punto de vista, Gómez López (2003, p. 519) parte del sujeto concreto y de las capacidades y actitudes que posee el autor para determinar si este al momento de actuar lo hizo de manera prudente o no. Ello implica que el intérprete tenga en cuenta las características del sujeto activo, las circunstancias concretas y el comportamiento conforme a tales antecedentes, pues la negligencia solo puede afirmarse cuando el autor no realizó el esfuerzo del que era capaz individualmente.

En palabras de Bustos (1999, p. 173) si el sujeto actuante tiene aptitudes o conocimientos especiales, evidentemente a efectos de determinar lo que le era exigible, deben serle considerados en tanto que pertenezcan al ámbito de relación donde el sujeto actúa. A partir de estas ideas, se asume la previsibilidad como una facultad de anticipación mental en cabe-

8. Artículo 23. Culpa. La conducta es culposa 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. Resalto fuera de texto.

za de la persona concreta, recuérdese que “la previsión es la facultad psíquica por medio de la cual el hombre se anticipa mentalmente a un hecho” (Gómez, 2003, p. 518).

Así, a partir de las circunstancias personales del médico es que se debe establecer la previsibilidad del resultado, puesto que solo para quien tiene capacidad de representarse las consecuencias de su acto para el bien jurídico protegido, es relevante el significado de obrar de conformidad a la norma de mandato.

De modo que la imprevisibilidad de parte del galeno llevaría a concluir que su omisión es atípica de homicidio por ausencia del aspecto subjetivo de la conducta imprudente en comisión por omisión.

En fin, en el delito imprudente, la muerte del usuario que acude previamente a solicitar los servicios de urgencias por encontrarse en una situación de riesgo grave para su vida, no tendría relevancia jurídico-penal en relación con el delito de homicidio en comisión por omisión, si no existiera un vínculo subjetivo concreto con el médico del servicio de urgencias, es decir, el galeno debe tener conocimiento del estado de salud del usuario que acude a los servicios de atención básica de urgencias.

Sin embargo, tal y como explica Hurtado Pozo (1987, p. 229), las consecuencias de esta diferencia objetiva o subjetiva en la apreciación de la previsibilidad son sobre todo de carácter teórico. En la práctica, las conclusiones respecto a la represión de la culpa son las mismas, a pesar de seguir vías diferentes y de emplear fundamentos distintos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros y artículos

BERNATE OCHOA, Francisco. *La legitimidad del Derecho Penal* (1ª ed.). Bogotá: Ed. Gustavo Ibáñez, 2007.

BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. Volumen II (1ª ed.). Madrid: Ed. Trotta, 1999.

CHAIA, Rubén. *Responsabilidad Penal Médica*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2006.

FERRÉ, Juan Carlos; NÚÑEZ, Miguel y RAMÍREZ, Paula Andrea. *Derecho Penal colombiano*, Parte general (1ª ed.). Bogotá: Ed. Gustavo Ibáñez, 2010.

FIGUEROA ORTEGA, Yvan. *Delitos de infracción*. Madrid: Ed. Dykinson, 2006.

FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. *El delito de omisión en el Nuevo Código Penal* (1ª ed.). Bogotá: Ed. Legis, 2002.

GARCÍA SANZ, Judit. Responsabilidad penal por denegación de asistencia sanitaria. *Revista Actualidad Penal*, 30. 2001, 667-ss.

GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III (1ª ed.). Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2005.

----- *Teoría del Delito* (1ª ed.). Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2003.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal*. Segunda parte (1ª ed.). Bogotá: Ed. Gustavo Ibáñez, 2004.

- GRACIA MARTÍN, Luis. La comisión por omisión en el Derecho español. En: AA.VV. *La comisión por omisión*. Madrid: CGPJ, 1994.
- GUNTHER, Jakobs. *Estudios de Derecho Penal* (1ª ed.). Madrid: Ed. Civitas, 1997.
- HEINRICH JESCHECK, Hans y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal* (5ª ed.). Ed. Granada, 2002.
- HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal* (2ª ed.). Lima: Ed. Dili, 1987.
- LUZÓN PEÑA, Diego. *Enciclopedia Penal Básica* (1ª ed.). Granada: Ed. Comares, 2002.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*. Parte general (5ª ed.). Barcelona, 2002.
- MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *La responsabilidad penal en el ejercicio de la actividad médica* (1ª ed.). Bogotá: Ed. Dike, 1994.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Compendio de Derecho Penal* (parte especial). Vol. II (1ª ed.). Madrid: Ed. Ceura, 1998.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal*. Parte General (6ª ed.). Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2004.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho Penal* (3ª ed.). Navarra: Ed. Aranzandi, 2002.
- SILVA, Jesús María. *Estudios sobre los delitos de omisión*. Lima: Ed. Jurídica Grijley, 2004.
- *El delito de omisión. Concepto y sistema* (2ª ed.). Buenos Aires: Ed. Montevideo, 2003.
- SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos Roberto. *Derecho Penal y responsabilidad médica en Colombia* (1ª ed.). Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2011.
- TERRAGNI, Marco Antonio. *Posición de garante y derechos individuales*. Tomo XXX (1ª ed.). Bogotá: Ed. Temis, 2010.
- VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal*. Parte general (2ª ed.). Bogotá: Ed. Temis, 2004.

Normatividad y jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-1184 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Radicado: 28017 del 14 de noviembre de 2007. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca; Radicado 32582, octubre 28 de 2009. M.P. Javier Zapata Ortiz; Radicado 25536, 27 de julio de 2006.

Gaceta del Congreso 104 del 6 de abril de 2000.

Gaceta del Congreso. Senado y Cámara. No. 139, agosto 6 de 1988.

