



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MEXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN

PROPUESTA DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA
IMPUTACIÓN OBJETIVA AL HOMICIDIO CULPOSO DEL
MÉDICO

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

JULIÁN ALONSO SERRANO

Asesor: MAESTRO JUAN GARCÍA

SANTA CRUZ ACATLÁN, NAUCALPAN, EDO. DE MÉXICO
ABRIL DE 2016



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

El amor se planta en el corazón,
por eso tú, estás plantado en el mío.
(Primavera 2016)

A mi amada esposa.

El día está próximo
en que nos encontraremos
como hombres consumados.

Índice	
Introducción.....	3
Capítulo I.....	15
1.1.-Evolución histórica de la culpa.....	15
1.2.-Causalismo.....	23
1.3.-Finalismo.....	38
1.4.-Funcionalismo.....	47
Conclusión.....	55
Capítulo II. Teorías funcionalistas.....	57
2.1.-Teoría de la Imputación Objetiva del Resultado.....	57
2.1.1.-Teoría del riesgo creado.....	68
2.1.2.-Teoría del Incremento del Riesgo.....	68
2.1.3.-Teoría del Fin de Protección de la Norma.....	80
2.1.4.-Teoría de la Prohibición de Regreso.....	84
Conclusión.....	88
Capítulo III. Elementos del Delito.....	90
3.1.-Elementos positivos y negativos del delito.....	90
3.1.1.-Conducta.....	91
3.1.2.-Tipicidad.....	101
3.1.3.-Antijuridicidad.....	105
3.1.4.-Culpabilidad.....	107
3.1.5.-Imputabilidad.....	109
3.1.6.-Ausencia de conducta.....	111
3.1.7.-Atipicidad.....	113
3.1.8.-Causas de justificación.....	115
3.1.9.-Inimputabilidad.....	124
Conclusión.....	125
Capítulo IV. Homicidio culposo del médico y su relación con la imputación objetiva.....	128
4.-Aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva.....	128
4.1.-Homicidio.....	129
4.2.-Imprudencia médica.....	141

4.3.-Descuido o error médico.....	151
4.3.1.-Error de tipo.....	154
4.3.2.-Error de prohibición.....	165
4.4.-Violación de un deber de cuidado.....	171
4.5.-Riesgo permitido.....	181
Conclusión.....	187
Bibliografía básica.....	195
Leyes consultadas.....	199

Introducción

El trabajo de investigación gira en torno a la aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva al delito de homicidio culposo del médico, desarrollada principalmente por Claus Roxin, con la metodología del funcionalismo.

Los delitos culposos cometidos por los profesionales de la salud se denunciaban ante el Ministerio Público, sin embargo, en la actualidad se presentan quejas ante la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED) que se resuelven por la mediación, conciliación o el arbitraje, y el bando emitido por este organismo de la administración pública es el resolutivo con el que concluye, sin la necesidad de procesar penalmente al Médico que ha lesionado los bienes jurídicos tutelados, como son la salud y la vida de los pacientes, bienes que son de interés público y no particular. La CONAMED como institución que pertenece a la administración pública conoce de delitos, con lo que violenta el principio de seguridad jurídica que garantiza la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La propuesta es la aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva al delito de homicidio culposo cometido por el personal de salud, para que sea procesado por el Poder Judicial y no por el Poder Ejecutivo.

El principio fundamental de la Teoría de la Imputación Objetiva es el concepto del riesgo permitido, del cual se derivan los del incremento del riesgo, y la Teoría de la Prohibición de Regreso, aunque esta última es propuesta de Günther Jakobs, con la misma inclinación metodológica de Roxin.

Los delitos culposos de los médicos, por su calidad de garante, se resumen en el deber de evitar o provocar la lesión a los bienes jurídicos de la salud y la vida, por acción u omisión, la violación al deber de cuidado es por imprudencia, en donde se incorporan los principios de negligencia, impericia y exceso de confianza.

La teoría de la Imputación Objetiva determina a través de los principios del riesgo permitido, el delito y quien lo ha cometido, para ser penado. Con el fin de que los delitos culposos, especialmente el homicidio cometido por el médico, sea denunciado ante el Ministerio Público y presentado por éste a la autoridad judicial de primera instancia, y así eliminar definitivamente a una autoridad de la administración pública, sin facultades para procesar a un profesional de la salud por acción u omisión típica, antijurídica y culpable.

Los profesionales de la salud, por su calidad de garantes, tienen el deber de cuidado con respecto a sus pacientes, están obligados a evitar riesgos prohibidos o a provocarlos. Los recursos son guías clínicas, normas, literatura especializada y apearse a la *lex artis*, seguir sus lineamientos es asegurarse permanecer en el riesgo permitido, no hacerlo es exponerse a ser procesado por delito culposo.

El objetivo de éste trabajo de investigación es una propuesta de aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva al delito de homicidio cometido por los médicos, que admite culpa según se expone en el artículo 60, segundo párrafo, del Código Penal Federal.

Desde el punto de vista del funcionalismo, expresado por Claus Roxin, refiriéndose a la conducta que produce un resultado material, como lo es el homicidio, se aplican las normas que describen el tipo penal y con los principios del riesgo permitido, el incremento del riesgo, disminución del riesgo, con el apoyo de las causales de exclusión se integra la Teoría de la Imputación Objetiva. Por la lesión a los bienes jurídicos tutelados por el Estado, de interés público, salud y vida, es inconveniente que la CONAMED intervenga en la resolución de controversias propias del derecho penal, esta institución no tiene razón de ser, y que todo aquél que cometa un delito culposo descrito en el Código Penal Federal (CPF) debe ser procesado por el Poder Judicial, sin oportunidad de la intervención de la CONAMED.

La Teoría del Riesgo Permitido es el principio fundamental de la Teoría de la Imputación Objetiva, explica cómo la norma establece los

límites que la sociedad impone a sus integrantes, de acuerdo con la teoría alemana de la imputación objetiva, todos los seres humanos viven en una sociedad con riesgos, es decir, que todas las conductas o actividades de la sociedad representan un riesgo, permitido o prohibido. El riesgo no permitido es un comportamiento que incrementa el riesgo de lesión de los bienes protegidos y el resultado material es imputable a su autor, de acuerdo con la Teoría de la Imputación Objetiva reúne los elementos necesarios, la acción, el resultado típico y el nexo causal.

La Teoría del Riesgo Permitido es el principio fundamental de la Teoría de la Imputación Objetiva, que explica como la norma establece los límites que la sociedad tolera de sus miembros, según esta teoría todos sus integrantes realizan actividades o funciones riesgosas, propias de una sociedad moderna, que lesionan bienes jurídicos diversos. El riesgo prohibido es producto de un comportamiento fuera de los lineamientos tolerados, y su resultado material típico es imputado al autor. Según esta teoría, la valoración que se debe aplicar a las conductas realizadas por la persona que tiene el carácter de imputable a título de dolo o culpa, se realiza bajo criterios del riesgo permitido que la propia teoría contempla en su aplicación, como son a) Conocimientos especiales. Los cuales se deben aplicar para toda persona profesionista, como es el caso del personal de salud, en el desempeño de su función cotidiana, exigiendo un requisito mínimo de conocimiento en el ámbito de aplicación, sea en instituciones públicas o privadas. b) Lex art. De acuerdo con esta teoría, debe existir en el peor de los casos una ley, reglamento o circular, que permita realizar las conductas por un ser humano de acuerdo con lo estipulado en la norma; esto es, el criterio de valoración que lleva a aplicar esta hipótesis debe tener como fundamento que la conducta que realiza una

persona se sujete a una disposición especial¹, la cual pueda justificar su conducta dentro de su desempeño habitual. c) De acuerdo con el resultado ocasionado por la conducta que realiza el sujeto. Esto quiere decir que sólo será responsable la persona que cometa un acto ilícito de acuerdo con el hecho realizado, sin que se le pueda imputar la conducta que haya ocasionado un tercero en el que también realice una conducta no permitida por la ley en el mismo hecho. Roxin no se aparta del principio de la exacta aplicación de la ley penal; lo que refiere es que si la conducta que desempeña un profesional cotidianamente está en una situación de riesgo prohibido, será sancionado de acuerdo con los criterios permisibles. Ahora bien, en este caso particular, si la norma no existe, está permitida toda clase de conductas, sin embargo, si la norma existe, entonces tendría que acatar la estipulación; por consiguiente, sería imputable si la conducta no se encuentra bajo esa situación, si la norma lo permite ubicará la conducta en un incremento del riesgo.

No hay antecedentes legislativos y jurisprudenciales de la Teoría de la Imputación Objetiva en nuestro derecho penal mexicano, lo que se tiene son opiniones de autores mexicanos que han realizado estancias en Europa, lo que existe es una similitud del riesgo permitido y sus criterios permisibles con las causas de justificación y de inculpabilidad, que sí aparecen en los códigos penales de las entidades federativas, por lo que se concluye que toda teoría penal emana de la conducta del individuo, de este modo, si se toma en cuenta que para aplicar las causas de justificación e inculpabilidad se remite a la aplicación de una

¹ En nuestro país las Normas Oficiales Mexicanas (NOMs) establecen los riesgos permitidos en las conductas de los profesionales en general, y en particular la de los médicos, se pueden mencionar, a manera de ejemplos, la del expediente clínico, del consentimiento informado, de anestesiología, de anestesiología pediátrica, de procedimientos quirúrgicos, etc. Si el médico cumple con esa normativa que lo rige para desempeñar su profesión y no obstante el paciente muere o queda lesionado, tendrá que comprobar, el médico, que cumplió con la normativa, y que las causas de la muerte no le son imputables por su intervención; en este caso el médico o profesionista se ubica dentro de un riesgo permitido por la norma.

norma, que en este caso es el Código Penal Federal, así como las Normas Oficiales Mexicanas (NOMs) aplicables al ejercicio profesional de los médicos y si se asimilan los criterios permisibles con los aspectos negativos del delito que se contemplan en la actualidad dentro de nuestro derecho penal, esto lleva a sostener con carácter de mandato la exigencia normativa, que para rescatar la teoría de Roxin se debe aplicar una interpretación literal basada en el principio de la exacta aplicación de la norma, donde de una forma no se pierde la finalidad de la Teoría de la Imputación Objetiva, la cual es ubicar la conducta del ser humano en un riesgo permitido o prohibido sujetándose a la literalidad de la ley.²

Hipótesis:

- a) La aplicación de los principios integradores de la Teoría de la Imputación Objetiva determinarán la culpabilidad del médico ante el Ministerio Público sin la necesidad de instituciones intermedias como la Comisión Nacional de Arbitraje Médico que anula la acción del Poder Judicial.
- b) El homicidio, cometido por imprudencia o violación del deber de cuidado, por un médico, es considerado por la legislación como culposo, incluido el Código Penal Federal, por lo que debe ser sancionado por el Poder Judicial en todos los casos, atendiendo a la calidad de garante del profesional.
- c) El profesional de la salud que no excede los límites del riesgo permitido por la sociedad, expresado en las Normas Oficiales Mexicanas (NOMs), en procedimientos quirúrgicos, de prescripción o utilización de equipo no comete delito alguno y tiene derecho de permanecer en el ejercicio de su profesión.

² Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Capítulo Tercero, La aplicación de la imputación a la víctima en delitos de resultado, I. Reflexión de la imputación objetiva en delitos de resultado, pp. 125-126 disponible en: <http://biblio.Juridicas.Unam.mx/libros/8/3537/5.pdf>

Con respecto a las hipótesis hay suficientes elementos para fundamentar la innecesaria existencia de la CONAMED, su invasión del ámbito Judicial al permitir la solución de las controversias entre el médico y su paciente, afectado por su imprudencia, al lesionar los bienes jurídicos protegidos, de la salud y la vida, bienes que son de interés público, y a la luz de la Teoría de la Imputación Objetiva el médico es responsable del homicidio culposo cuando su conducta sale del riesgo permitido para entrar al prohibido por imprudencia, en el Código Penal Federal se define la culpa como la violación del deber de cuidado.

En los delitos de resultado típico, según el Código citado, el homicidio admite culpa, como ya citamos antes. La violación al deber de cuidado se constituye cuando el médico no atiende todas las fases de cualquier procedimiento clínico, tal como la consulta, diagnóstico, tratamiento, prescripción, cirugías, etc., por ejemplo, si está indicado que al paciente se le deben ordenar estudios de laboratorio y de gabinete para efectuar un diagnóstico diferencial, y no lo hace, entonces cae en el supuesto de la violación del deber de cuidado. Si al terminar la cirugía, el instrumentista de quirófano deja en el interior del cuerpo del paciente cualquier instrumento y a consecuencia de esto, el paciente muere, será imputado por homicidio culposo, pues ha violado su deber de cuidado.

El profesional de la salud actuando en los límites de la norma, guías clínicas, literatura especializada, y *lex artis ad hoc* está dentro de los límites del riesgo permitido y permanecer libre de culpa.

La metodología utilizada para el desarrollo de la investigación es el funcionalismo, expresado en la Teoría de la Imputación Objetiva propuesta por Claus Roxin, entendida como la tendencia de considerar al delincuente como un peligro para la sociedad, cuando no respeta los límites del riesgo permitido, expresado en las normas de la legislación mexicana con respecto al ejercicio profesional del médico, quien al violentar el deber de cuidado, que lo obliga a evitar y más a no provocar

lesiones a los bienes jurídicos protegidos, el incremento del riesgo cuando tiene un resultado material, como la muerte del paciente, el autor será imputado por delito de homicidio culposo, a menos que su comportamiento esté protegido por una excluyente, como sería el estado de necesidad o el error inevitable, si es error evitable hay culpa.

El principio fundamental del funcionalismo es el riesgo permitido por la sociedad, que encuentra sus límites, como ya dijimos en la norma, guías clínicas, literatura especializada, *lex artis ad hoc*, lo que la Teoría de la Imputación Objetiva hace es reunir toda una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad, que en gran medida y hasta ahora habían deambulado por aquella, desde la causalidad hacia la acción, sin encontrar un lugar sistemático correcto. Estos criterios, extraídos todos de consideraciones normativas, fundamentan por qué la tipicidad es más que una yuxtaposición de elementos ontológicos (acción y causalidad) y axiológicos (dolo y, en su caso, elementos subjetivos de lo injusto, infracción del deber de cuidado, resultado típico); todo ello meramente sumado no da aún como resultado una conducta típica, deben concurrir también los elementos del tipo para integrar la imputación objetiva. Es necesario determinar cuáles son las conductas que pretende prevenir y sancionar el legislador, lo que sólo se consigue a través de una interpretación teleológica del tipo que nos ayude a establecer el sentido y los alcances de la prohibición. Dicha tarea se realiza atendiendo a los elementos normativos implícitos en la conducta típica, los cuales son una serie de criterios normativos que se agrupan en

lo que se conoce como “Teoría de la Imputación Normativa del Resultado a la Conducta”, como la llama la reciente doctrina mayoritaria, “Teoría de la Imputación Objetiva del Resultado”.³

Se trataron los temas pertinentes y concluir en la posible aplicación de los principios de la Teoría de la Imputación Objetiva, que son: el riesgo permitido e incremento del riesgo.

Se hizo un breve recorrido por las teorías antecedentes al funcionalismo propuesta por Claus Roxin u Günther Jakobs, a saber: Causalismo y Finalismo para llegar al funcionalismo. El causalismo es sostenido por la Teoría de la Equivalencia (conditio sine qua non) que conduce a resultados absurdos como el de ir hacia atrás ilimitadamente, como que el carpintero es responsable por construir la cama en donde los adúlteros tienen relaciones sexuales, y así hasta el infinito. El finalismo desarrollado por Hans Welzel afirma que la conducta de los hombres siempre estará dirigida por el fin que la impulsa, en el finalismo la tipicidad se integra con un tipo objetivo y uno subjetivo, es separada la culpabilidad del tipo objetivo y desarrollada como lo subjetivo del tipo, que acepta el dolo y la culpa.

Los principios del funcionalismo se desarrollan en base a la conducta de los hombres en sociedad, que por su comportamiento modifican su entorno en los límites del riesgo permitido y del incremento del riesgo, resumidos en la Teoría de la Imputación Objetiva de Claus Roxin.

Es importante la evolución histórica de la culpa, en donde se incorpora el principio de nullum crimen, nulla poena sine praevia lege, lo que significa que no hay crimen ni pena si no existe una ley previa a la acción ejecutada.

³ Díaz-Aranda, Enrique, Derecho Penal, parte general (Conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social), Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2012, p. 202.

El segundo capítulo se integra por las teorías funcionalistas: Teoría de la Imputación Objetiva del resultado, Teoría del Riesgo creado, Teoría del Incremento del riesgo, Teoría de la Prohibición de Regreso y la Teoría del Fin de Protección de la Norma

El principio fundamental de la Teoría de la Imputación Objetiva es el riesgo permitido y el prohibido. El comportamiento, del sujeto que actúa, creador de un riesgo no permitido para el objeto de acción, el riesgo materializado en el resultado concreto, y el resultado típico es suficiente para ser imputado.

Toda conducta típica es alcanzada por el tipo penal, creada por el autor y fuera del riesgo permitido, es imputada, por ejemplo, cuando el paciente recibe una dosis de medicamento mayor a la permitida, la conducta está fuera del riesgo permitido y crea un riesgo jurídicamente relevante que pone en peligro de lesión a los bienes jurídicos, la salud y la vida.

Los diferentes autores que han tratado la imputación objetiva, suelen dividir el juicio de imputación a realizar en varias fases: creación de un riesgo; realización del riesgo en el resultado; y pertenencia del resultado al ámbito de protección de la norma penal.

La violación del deber de cuidado por imprudencia, pero, además la ausencia de la previsibilidad, imputan al médico por delito culposo, en caso de lesión a los bienes tutelados por el Estado, su calidad de garante lo obliga a evitar o provocar el daño a los bienes protegidos por el Estado, salud y vida.

La Teoría del Riesgo Creado se refiere a la posible lesión del bien jurídico protegido por la acción u omisión de las conductas al operar maquinaria o equipo industrial, con resultados típicos, por los que es responsable el dueño de la empresa, legislado en el Código Civil Federal en sus artículos 1910-1916, que por vía civil es reclamado el pago del daño causado, sin embargo, como nosotros nos ocupamos de la acción u omisión del ejercicio profesional del médico, se dirige su

análisis con fundamento en la ley penal, especialmente el delito de homicidio culposo. Por eso el estudio exhaustivo de esta teoría.

En la Teoría del Incremento del Riesgo, se explica lo referente a la extralimitación del riesgo permitido, es el riesgo prohibido que pone en riesgo de lesión a los bienes protegidos. El riesgo prohibido en su totalidad se materializa al producir el resultado; no hay campo de aplicación para el principio in dubio pro reo.

La Teoría del Fin de Protección de la Norma se refiere, en el ejercicio del profesional de la salud, al cuidado de la salud y la vida, bienes tutelados por el Estado, en la consulta, diagnóstico, tratamiento, y procedimientos quirúrgicos. La estabilidad emocional del paciente o sus familiares u ofendidos está fuera de los límites del fin de protección de la norma.

El personal de salud que diagnóstica, que realiza el procedimiento quirúrgico o la prescripción de medicamentos responde por los daños materiales que cause; se discute si debe responder como autor de delitos de peligro, por los riesgos de infarto que esos resultados han provocado en otras personas.

Teoría de la Prohibición de Regreso. Jakobs es el autor de esta teoría, quien sostiene que las acciones del autor son intrascendentes a otra persona, de esta forma el constructor de la cama es inocente con respecto a la conducta de los adúlteros, así sucesivamente hacia atrás, lo que resulta absurdo. El autor es responsable únicamente de su conducta lícita o ilícita.

En el tercer capítulo se incorporan los elementos positivos y negativos del delito: la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, con sus correspondientes negativos, como es la ausencia de la conducta, la atipicidad, y las causales de exclusión del delito y la inculpabilidad.

En la Teoría de la Imputación Objetiva los principios del riesgo permitido, el incremento del riesgo, el consentimiento y la autopuesta en riesgo, materializados en el resultado típico son suficientes para imputar a un sujeto.

Partimos de la conducta humana, es ésta la que genera el riesgo o lo disminuye, considerando a la omisión como equivalente a la acción.

Los elementos positivos del delito son los manifiestos que configuran la acción u omisión típica sancionada por la ley penal. El elemento primordial del delito es la acción u omisión típica que tiene un resultado material; la acción de disparar un arma de fuego sin resultado material no es sancionada, sin embargo, si el proyectil le quita la vida a un sujeto, la acción típica, es antijurídica y culpable, que se le imputa al autor del disparo. Los elementos del delito son la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, su presencia los hace positivos, su ausencia negativos.

En el capítulo cuarto nos ocupamos de la aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva al delito de homicidio culposo cometido por el médico.

Partimos del tipo de homicidio del Código Penal Federal en su artículo 302, con referencia al artículo 60 segundo párrafo, en donde se dice que el delito de homicidio admite la culpa.

El delito de homicidio culposo, según la legislación, causado por el médico en su calidad de garante, se debe a la violación del deber de cuidado y a la falta de previsibilidad y previsión.

En la Teoría de la Imputación Objetiva, la violación al deber de cuidado con resultado material, debida al incremento del riesgo, el médico en su calidad de garante, es imputado por delito culposo, por imprudencia, la que incluye la negligencia, impericia y el exceso de confianza.

Los principios propuestos por Roxin para determinar el juicio de imputación objetiva del resultado son los siguientes: a) la disminución del riesgo; b) la creación de un riesgo jurídicamente relevante; c) el incremento del riesgo permitido y d) la esfera de protección de la norma.

Los errores de prohibición cometidos por los médicos en el ejercicio de su profesión se producen cuando creen que su acción está protegida por una causal de exclusión que no existe en la legislación. Los errores de tipo se materializan en la elaboración de un diagnóstico, al confundir un padecimiento por otro y no ordenar los estudios de laboratorio y de gabinete complementarios, indicados en un diagnóstico diferencial, con el fin de descartar y al mismo tiempo precisar la enfermedad del paciente.

Aplicamos el principio del riesgo permitido al ejercicio profesional de los médicos y concluimos que seguir los lineamientos de la norma, guías clínicas, literatura especializada y la *lex artis ad hoc*, es mantenerse dentro de la norma, la acción u omisión prohibidas es el riesgo prohibido, la imputación es por delito culposo cuando se violenta el deber de cuidado, con respecto a sus pacientes y su posición de garante.

El médico debe ser juzgado por el Poder Judicial cuando su acción u omisión lesionen la salud y vida de sus pacientes, bienes jurídicos protegidos por el Estado, sin intermediación de organismos como la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED), organismo de la Administración Pública, cuyo fin es la conciliación, mediación y arbitraje, entre médico y paciente u ofendidos para reclamar el pago de daños y perjuicios, totalmente al margen de la penalización del comportamiento delictuoso. La invasión de la facultad exclusiva del Poder Judicial por la CONAMED va contra la estabilidad de la sociedad. La propuesta de aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva es con el fin de que las acciones u omisiones del personal de salud que salgan de los límites del riesgo permitido por la sociedad sean castigadas conforme a la ley penal.

Capítulo I.

1.1. Evolución histórica de la culpa

La diferencia más importante entre los sistemas subyace en la fundamentación filosófica de cada uno, los cuales dan lugar a la distinta interpretación de cada una de sus categorías y la integración de cada una de ellas. Conocer la orientación global del sistema es de suma importancia para entender cómo y por qué se llega a determinadas soluciones, pues en ocasiones los sistemas penales coinciden en la solución del caso, pero pueden llegar a sostener conclusiones distintas e incluso encontradas. Así, teniendo como sustento legal el mismo ordenamiento jurídico, llámese Código Penal Federal o Código Penal local y demás leyes penales, los diferentes sistemas pueden llegar a ofrecernos criterios para interpretar esa ley de manera distinta, e incluso llegar a sostener soluciones encontradas para un mismo caso; de ahí la importancia de saber exactamente cuál es el sistema que estamos aplicando.

Esto no significa que los diferentes sistemas estén reñidos entre sí; en realidad, cada nuevo sistema ha surgido para superar las críticas realizadas a su antecesor. Se trata, en consecuencia, de una evolución de la teoría del delito para responder a los requerimientos sociales de justicia.

En la conducta se trata de establecer si un resultado, que consiste en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado, se puede considerar como la obra de un ser humano. La Teoría de la Imputación Objetiva del resultado en el funcionalismo expresa la posibilidad de deslindar con precisión la responsabilidad del autor o autores de la acción fuera del deber de cuidado, que como veremos más adelante, encontramos descrita en las leyes, que configura el tipo penal. La conducta del ser humano que contiene los elementos señalados en la ley penal es delictuosa, luego entonces es una conducta típica.

En la tipicidad se analiza si la conducta puede ser considerada como aquella que el legislador ha querido prohibir en el tipo, el cual se conforma por una descripción normativa del hecho que se sustenta en uno o varios artículos de una o varias leyes penales. Por ello, el tipo lo podemos definir como la descripción normativa de la conducta prohibida.

Veamos como lo expresa Claus Roxin: “Como todos los conceptos básicos del Derecho penal, el concepto de tipo introducido por Beling también tornasola en diversos significados. Sin embargo, las distinciones esenciales para el Derecho penal se pueden reducir a los tres cometidos que debe cumplir el tipo: el mismo tiene una función sistemática, una función dogmática y una función políticocriminal. En sentido sistemático el tipo abarca el compendio o conjunto de los elementos que dan como resultado saber de qué delito típicamente se trata; o sea... el daño de una cosa ajena,... la acción de matar a una persona... Beling, al denominar tipo... al conjunto de esos elementos, obtuvo para la teoría del delito una nueva categoría, que podía ser introducida entre los conceptos de la acción y la antijuridicidad.”⁴

Como se observa para Roxin el Derecho Penal es un sistema, en donde sus elementos se enlazan en equilibrio, lo que le permite funcionar coordinadamente, de tal forma que si la acción es típica, al tener todos los elementos que el tipo señala, es antijurídica y hay un culpable.

En la antijuridicidad se establece si la conducta prohibida es contraria al orden jurídico en general, y por ello, al hecho típico y antijurídico se le denomina “injusto”. Por el contrario, si el hecho típico está amparado por alguna causa de justificación no hay delito, como el

⁴ Roxin, Claus, Derecho Penal, parte general, Editorial Civitas, Madrid, España, traducción de la segunda edición alemana, 1997, p. 277

estado de necesidad, error de tipo, error de prohibición, cumplimiento de un deber.⁵

En la culpabilidad se determina si se puede reprochar al autor el haberse comportado contrariamente a derecho, pero, para culpar a una persona es necesario haber establecido el nexo entre la acción y el resultado, y cumplir con el principio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, lo que significa que no hay crimen ni pena si no

⁵Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, A-C, Edición histórica, Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2009, p. 204, en antijuridicidad dice: I. Calidad de ciertas conductas que no cumplen con lo prescrito por la norma jurídica que las regula. Dependiendo del concepto de derecho que se aplique, pueden ser sinónimos “injusto” (si se piensa que derecho y justicia son esencialmente iguales) e “ilícito” (si se concibe sin una connotación de ataque a la moral, además del derecho). Tradicionalmente, se ha concebido la antijuridicidad como lo contrario a derecho. Esto se da por una necesidad lógica para que una acción pueda ser clasificada como lícita (adecuada a la norma jurídica que la regula) o como ilícita (violando la norma jurídica).

Eduardo García Maynez señala que son lícitas las conductas que ejecutan lo ordenado, omiten lo prohibido u omiten o ejecutan los actos potestativos, no ordenados ni prohibidos, mientras que son ilícitos las que omiten un acto ordenado y las que ejecutan uno prohibido...Hans Kelsen ataca la concepción tradicional de la palabra “antijuridicidad” (contraria o violatoria del derecho) indicando que ésta proviene de una concepción estrecha del derecho que sólo toma en cuenta a las normas secundarias (en el sistema kelseniano, norma secundaria es aquella que contiene la conducta debida que evita la sanción) y no a la norma primaria (aquellas que contienen la orden de aplicación de la sanción a cargo de un órgano que la aplica). Indica, además, que contrariamente a lo que se piensa, no es el ilícito lo que provoca que un acto tenga sanción, sino que es la sanción lo que provoca que un acto sea ilícito. La primera postura indicada proviene de una concepción iusnaturalista, donde se pretende que las conductas son buenas o malas, justas o injustas per se. La ilicitud no es necesariamente algo inmoral, pues lo que puede ser ilícito (antijurídico) en un sistema moral, puede no serlo en otro. La ilicitud debe ser considerada por los juristas independientemente de que acepten o no su utilidad.

Si es visto así el derecho, ya no es posible hablar de antijuridicidad (como contrario o violación del derecho), pues la aplicación de la coacción es un acto prescrito en la norma. En consecuencia, la ilicitud es sólo una de las condiciones para que el Estado aplique la sanción, que puede ser penal o civil (Teoría pura del derecho, pp. 123 a 125; Teoría general del Estado, pp. 67 y ss.).”

existe una ley previa a la acción ejecutada, entonces se podrá culpar al autor de la acción que transformó el mundo exterior. “Recordemos brevemente esta evolución. Ya a principios de siglo y hasta los años treinta el enfoque hacia el sentido valorativo de las categorías del delito condujo a numerosos penalistas (algunos tan importantes como Sauer (1912,1921), Radbruch (1904) o Engisch (1930, 1931) a advertir que los resultados imprevisibles debían excluirse del delito no porque no fueran causados por la conducta del autor, contra lo que sostenía la Teoría de la Causalidad Adecuada, sino por la imposibilidad de desvalorar jurídico-penalmente tales procesos, por lo que en ellos faltaba era su antijuridicidad o incluso su propia tipicidad. Ello fue la base teórica que llevó a Mezger a formular su Teoría de la Relevancia que vio en la adecuación una exigencia impuesta por el tipo. El concepto de imputación objetiva nace en este clima, en 1927, aunque por obra de un civilista hegeliano, Larenz, y ya en 1930 Honig lo propuso para el Derecho penal.

También fue este ambiente cultural de superación del naturalismo y apelación al sentido valorativo el que rodeó el surgimiento del finalismo de Welzel. Es significativo el propio título del escrito de habilitación de Welzel: Naturalismo y Filosofía de los valores en Derecho penal. Sin embargo, posteriormente fue acentuando Welzel el papel fundamental de lo que denominó estructuras lógico-objetivas históricamente invariables, naturaleza que atribuyó a los dos pilares básicos de su concepción del delito: la esencia final de la acción humana y la libertad de voluntad, como poder actuar de otro modo. Sobre la primera edificó el injusto; sobre la segunda, la culpabilidad. Esta fundamentación ontológica del injusto sobre el concepto final de acción trasladó el debate sobre los límites del pensamiento causalista a este terreno de la acción. Autores partidarios de superar el naturalismo desde una visión valorativa de la antijuridicidad, pero contrarios a aquel concepto final, como Eberhardt Schimidt (1939),

Maihofer (1953, 1961) y el propio Engisch (1944), se enfrentaron al concepto final de acción mediante otro concepto de acción, el concepto social de acción. A él trasladaron la necesidad de previsibilidad objetiva del resultado, entendiendo, por ejemplo, que conductas como la de enviar a alguien al bosque en un día de tormenta por si le cae un rayo no tienen el sentido social objetivo de una acción de matar, aunque un rayo de hecho dé muerte a aquella persona. Ello retrasó, sin duda, el desarrollo de la Teoría del Tipo que iba a determinar la Teoría de la Imputación Objetiva, que no se impuso en la doctrina penal alemana hasta los años setenta.

No obstante, ya en los primeros años sesenta el penalista español Gimbernat denunció como errónea la ubicación sistemática del problema de las causaciones imprevisibles en el ámbito de la acción. Tanto la Teoría Final de la Acción como la teoría social de la acción atribuyen –escribía Gimbernat- al concepto de la acción -sustituyendo así el dogma causal por el de la acción- la misión que antes se había encomendado al concepto de causa: la determinación de la acción típica. Sin embargo, las teorías de la acción cometen exactamente los mismos errores que las de la causalidad; lo que no debe sorprender: los dos grupos de teorías descansan sobre la misma idea inexacta: allí donde ya ha fracasado un concepto ontológico (el de la causalidad), no puede dar resultados positivos otro de la misma naturaleza (el de la acción) ya que: centro de gravedad del tipo, que presupone una valoración, puede ser solamente un concepto normativo. Unos años antes que Gimbernat, en 1957, Hardwig había visto en la imputación objetiva un concepto de esta naturaleza, que a su juicio permitía excluir el tipo de injusto cuando el resultado causado era imprevisible... Tampoco fue un finalista, sino un autor de raíces neokantianas, Roxin, quien habría de desarrollar –sobre todo desde 1970, siguiendo expresamente el planteamiento propuesto en 1930 por Honig- y difundir más que nadie en la doctrina penal la Teoría de la

Imputación Objetiva. Según Schünemann, discípulo de Roxin, la orientación teleológica o funcional que este último autor inició y que ha caracterizado la doctrina penal desde hace treinta años, se caracteriza por un total alejamiento del razonamiento lógico-objetivo del finalismo y debe contemplarse como un desarrollo ulterior del neokantismo. En efecto, el moderno pensamiento teleológico tiene en común con aquella corriente la deducción de los diferentes niveles sistemáticos de los valores y fines que desempeñan el papel rector.”⁶

En esta larga cita el autor expone con brevedad la evolución que ha tenido el concepto de la Teoría de la Imputación Objetiva del Resultado. Es importante resaltar que los orígenes de esta teoría se ubican en el derecho civil, de donde emigran al derecho penal, por considerarse que algunos bienes jurídicos tutelados son de interés público, tal como el de la salud. La intención del presente trabajo es la de aplicar los conceptos del funcionalismo que propone Roxin, con respecto a la Teoría de la Imputación Objetiva, que adelantando un poco lo que se desarrollará posteriormente, se trata del deslindamiento de responsabilidades relacionadas con una acción, típica, antijurídica, y culpable, que pueda ser imputable a un individuo, quien por existir una justificante, como sería el estado de necesidad, error, de tipo o error de prohibición, invencible, cumplimiento de un deber, aun habiendo establecido el nexo entre la acción y el resultado material, dicte el juzgador la liberación del sujeto que presentó la conducta, en caso contrario se imputará la conducta delictuosa al autor. Otro aspecto importante, mediante la aplicación de la Teoría de la

⁶ Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2003, núm. 05-05, pp. 2-4.

Imputación Objetiva solo será posible la imputación al autor su conducta y no la de otro.

“Sin embargo, el neokantismo no fue la única base teórica de la teoría de la imputación objetiva. Por de pronto, ya he recordado más arriba que la primera formulación histórica de la teoría de la imputación objetiva, con este nombre, tuvo lugar en 1927 para el Derecho civil y por un civilista de orientación hegeliana, Larenz, que expresamente elabora aquel concepto desde la concepción de Hegel de la imputación. Y otro hegeliano declarado, Hellmuth Mayer, partió del mismo fundamento filosófico para incluir ya en 1936 la imputación objetiva entre las bases del sistema de su Tratado. Finalmente, la fundamentación hegeliana ha vuelto a reaparecer con fuerza en las obras de Jakobs y de su discípulo Lesch. Por otra parte, el mismo Jakobs llama también la atención sobre la teoría de la adecuación social de Welzel como precedente de la teoría de la imputación objetiva.”⁷

La Teoría de la Adecuación Social reseñada por Roxín se refiere a las conductas socialmente aceptadas que por su misma naturaleza nunca serán acciones, típicas, antijurídicas y culpables, y se refiere a las conductas como la de obsequiar un regalo de fin de año al cartero, que no tiene la intención de sobornar al servidor público para que no entregue la correspondencia a su destinatario o que rompa los sobres con el fin de perjudicarlo, mientras la intención del regalo sea la de reconocer su importante labor, y no el cohecho, no se comete ningún delito.

"Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una

⁷ Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2003, núm. 05-05, pp. 2-5.

imputación dictaminadora (*imputatio diiudicatoria*). La persona (física o moral) competente para imputar judicialmente se llama juez o también tribunal (*iudex s. forum*)".⁸

La imputación objetiva desplazó a la Teoría de la Adecuación Social corrigiendo de alguna forma al concepto de causalidad. Los penalistas que desarrollaron el concepto de la imputación objetiva, consideraron la pertinencia de la creación de un determinado grado de riesgo que no fuera permitido. La imputación objetiva tiene sus efectos cuando el riesgo no permitido, entendido éste como la acción que sale de los límites de la norma, produce un resultado material que daña un bien jurídico tutelado, en nuestro caso la salud de los pacientes, a menos que sea por la inexcusable negligencia de los mismos, por otra parte, cuando la acción está protegida por una causa de justificación, aunque la acción sea ilícita se extingue el delito, como en el caso del estado de necesidad.

La Teoría de la Imputación Objetiva deslinda las responsabilidades, de tal forma que sólo la conducta ilícita propia del sujeto le sea imputada, y no otra.

“Imputar el delito en su totalidad significa culpar a alguien como a su autor (si imputar es atribuir algo a alguien, cuando lo que se imputa es algo ético o jurídicamente disvalioso imputar es culpar de ello). Los tres niveles indicados de imputación (objetiva, subjetiva y personal) constituyen exigencias del principio de culpabilidad, entendido en el sentido amplio que permite y aconseja este término para servir de fundamento a todas las exigencias que entraña la prohibición de castigar a un inocente (no culpable) en un Estado social y democrático de Derecho respetuoso de la dignidad humana: el principio de personalidad de las penas, que impide hacer responsable al sujeto por

⁸ Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2003, núm. 05-05, p. 5.

Cfr. Kant, *La fundamentación de la metafísica de las costumbres*, (1979) traducción de Cortina y Conill, 1989, § 227, p. 35. Sobre concepto de imputación en Kant ver Modolell, *Fundamentos de la imputación objetiva*, tesis inédita, Universidad de Barcelona, 2000.

delitos ajenos (y que se corresponde con la exigencia procesal de necesidad de rebatir la presunción de inocencia mediante la prueba de que el sujeto ha realizado materialmente el hecho), el principio de responsabilidad por el hecho, que proscribe la culpabilidad por el carácter y el llamado Derecho penal de autor, el principio de dolo o culpa y el principio de imputación personal.”⁹

“Si falta la indicada relación entre el resultado y la conducta, aquél no es uno de los que se quieren evitar como consecuencia de la conducta indeseable. En cuanto a la imputación subjetiva, si no es posible imputar el tipo objetivo a dolo ni a un tipo imprudente, no se completa el tipo doloso o imprudente correspondiente.”¹⁰

1.2. Causalismo

La acción como causa de lo causado desde el punto de vista del causalismo, tendencia naturalista de la teoría del delito desarrollada por Franz Von Liszt,¹¹ quien se dedica al estudio de la dogmática

⁹ Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2003, núm. 05-05, p. 11.

¹⁰ Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2003, núm. 05-05, p. 12.

¹¹ Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Santiago Mir Puig (Catedrático de Derecho Penal Universidad de Barcelona), Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal, p. 2, disponible en: Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-05.pdf> “Este enfoque naturalista, que rehuía conceptos valorativos, prefirió destacar el concepto de causalidad como espina dorsal del delito, que se situó en el terreno de lo empírico, como causación de una modificación del mundo exterior causada, a su vez, por un impulso voluntario. La reorientación al significado valorativo de los conceptos jurídico-penales que el neokantismo impuso entre las dos guerras mundiales, no logró de momento desplazar a la causalidad de su posición de preeminencia en la teoría del delito, pero sentó las bases metodológicas que, mucho más tarde, desde los años sesenta, han permitido el resurgir de la idea de imputación en la literatura jurídico-penal. La doctrina final de la acción desarrollada por Welzel desde los años treinta, aunque se opuso radicalmente al causalismo, no lo combatió básicamente en el ámbito del tipo objetivo, sino desde la teoría de la acción. Ello contribuyó a mantener la discusión sobre las limitaciones de la causalidad en un terreno ontológico previo a la valoración jurídica.

aplicando los principios de la metodología de las ciencias natural y social, para él, el delito es, ante todo, un acto, o sea, una manifestación de voluntad, un causar o no impedir consciente, espontánea y motivada un resultado, con independencia de que el contenido de la voluntad coincida o no con el resultado. Tal acto tiene que ser antijurídico, es decir, contrario en sí, objetivamente considerado y sin estimación de momento subjetivo alguno, al Derecho; además, culpable, es vinculado psicológicamente, por dolo o culpa, al autor, y, en último término, también punible (sancionado con una pena). Con su distinción, por inconsistente que sea, entre antijuridicidad formal y material.

La conducta de los hombres emitida en un ambiente social se debe ajustar a la cultura, costumbres, a la moral establecida por el grupo. El hombre sale de las manos de la naturaleza sujeto a las leyes naturales, responde a los estímulos instintivamente, sin mediar pensamiento alguno, es un ser biológico que depende absolutamente de la madre, quien lo alimentará para que no perezca, sin embargo en la medida en que se desarrolla se incorpora a la comunidad social que lo ha recibido casualmente, de ella aprenderá el lenguaje que le permitirá comunicarse, con lo cual adquiere al mismo tiempo una forma de pensar al mundo en el que vive, lo que le está permitido y lo que no, crecerá sujeto a las normas morales que le indicarán lo que es bueno y lo que es malo, para el grupo social en el que está, también se adaptará progresivamente a las normas legisladas, aprenderá que respetarlas es conveniente para su inserción en la sociedad y finalmente sabrá que de no hacerlo será sancionado por ponerla en riesgo, por haber actuado en su contra.

El hombre es en principio de origen biológico, sus conductas son movimientos corporales que modifican el ambiente material y social en el que se desenvuelve. Si pensamos en el niño que nace, lo encontraremos totalmente natural, dependiente en absoluto de sus progenitores, pero en términos de conducta todas son de supervivencia, no obstante que en la medida en que crece, sus

conductas se adecuarán a las exigencias de la sociedad, luego entonces, el individuo someterá su naturaleza a la sociedad, es decir que sus necesidades naturales, tales como las sexuales, que según nuestro juicio, no hay conductas más intensas y poderosas que estas, quedan sujetas a la cultura y costumbres del grupo social. Entonces la conducta en su origen es producto de las necesidades, como la de alimentación, reproducción que moverán al sujeto a satisfacerlas aún a costa de la vida de otro o de la propia, si fuere necesario, pero la sociedad ha producido normas de conducta para regular su manifestación.

Cuando el sujeto se conduce fuera de los límites permitidos por la sociedad expresados por la norma, el castigo es inmediato. Algunos autores consideran que la omisión, ese aparente no actuar, es una conducta, incluso la comisión por omisión, que es no hacer lo que la norma espera que se haga.

Llegado a cierto punto el desarrollo de un individuo, su conducta, después del proceso de socialización, se vuelve voluntaria, quedan sujetas sus necesidades naturales socializadas a su voluntad, su acción se ha sobrepuesto a su hombre natural, pero en los casos en que esto no sucede y los sujetos se vuelven contra la sociedad y las acciones son consideradas como delitos aparece la punibilidad con el fin de proteger a la comunidad. Por eso el causalismo explica que el delito es una conducta natural voluntaria en contra de la sociedad, determinada por las leyes naturales, por eso se dice que es una acción ciega.

“El peso de las cuestiones y las disputas escolares, y no menos su decisión de superarlas o esquivarlas para elaborar la dogmática, así como, por otro lado, cierto influjo o resonancia más o menos lejana y directa de sus puntos de partida sociológicos, se revelan bien, dentro del pensamiento de von Liszt, y, más en concreto, dentro de su teoría del delito, en la doctrina de la imputabilidad, que, soslayando las posiciones y los antagonismos metafísicos sobre el tema, la define, en

términos mucho más modestos, como la capacidad de conducirse socialmente, es decir, de obrar conforme a las exigencias de la vida humana en común, y la hace consistir en la facultad de determinación normal, o sea, en que el sujeto disponga de un contenido normal de representaciones y que éstas posean una fuerza motivadora también normal. Con ella inicia asimismo una dirección fecunda para la ciencia jurídicopunitiva, en la que ésta ha ido logrando sucesivas y más depuradas formulaciones.”¹²

Franz Von Liszt recibió influencia de Ferri, uno de los autores con el que se cierra el periodo de la escuela clásica, e inicia la escuela positiva, influenciada francamente por las ciencias naturales.

“Von Liszt analizó de manera sistemática al delito, cuyos caracteres esenciales eran los siguientes:

- a. El delito es siempre producto de un acto humano; por tanto, actuación (*verhalten*) voluntaria trascendente al mundo exterior; es decir, la causa o no impedimento de un cambio en el mundo exterior. Nunca llegarán a constituir un delito los acontecimientos fortuitos, independientes de la voluntad humana.
- b. El delito es, además, un acto contrario al derecho; es decir, un acto que contraviniendo, formalmente, a un mandato o prohibición del orden jurídico, implica, materialmente, la lesión o peligro de un bien jurídico.
- c. El delito es, por último, un acto culpable; es decir un acto doloso o culposo de un individuo responsable.”¹³

¹² Biblioteca Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México, Franz Von Liszt y el “Programa de Marburgo, sin lugar de edición, sin fecha. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/991/2.pdf> P. 11

¹³ Díaz-Aranda, Enrique, Derecho Penal, parte general (Conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social), Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, p. 115.

Se ignora cómo Von Liszt conjugó voluntad con impulso, a menos que el impulso ciego, instintivo, que impele al organismo a actuar urgido por la acción de defensa de la vida sea sometido al juicio de la voluntad para elegir una respuesta instantánea para conservar la vida. No es razonable entender y aceptar que en un momento en que la vida esté en riesgo de perderse, el organismo piense primero, y después, voluntariamente, elija la vía de escape más idónea. No negamos la influencia de la voluntad en ciertas conductas de nula urgencia, en donde la respuesta a estímulos exteriores no precise la conservación de la vida, pero entonces ya no es natural.

La voluntad es la autodeterminación de la acción a ejecutar, es el control de hacer o no hacer, es la dirección hacia un objetivo previamente pensado y representado, así es la conducta autocontrolada de los humanos, pero, el origen biológico del hombre lo sujeta a las leyes naturales, las que son sin discusión ciegas, sin voluntad, inevitables, fatales, determinadas y determinantes, no obstante que esa naturaleza estará sometida a la sociedad. En el causalismo se considera la acción como de origen puramente natural y como tal se juzga. Los actos reflejos son incontrolables ante cualquier voluntad, de la misma forma la fuerza mayor que impulsa a la acción sin pensamiento, sin voluntad o representación alguna, solo se manifiesta, es el instinto que guía el movimiento fatalmente.

En el causalismo la conducta es considerada como un movimiento corporal que causa una modificación en el mundo exterior, el resultado, cuya percepción se constata a través de los sentidos.

Lo que se conoce como acto reflejo es la acción que presenta el organismo en la cual no interviene, definitivamente, la consciencia, el conocimiento y mucho menos la voluntad, por lo que un sujeto que sojuzgado por una fuerza física irresistible se conduzca ilícitamente es inocente, no comete delito alguno, aunque sea una conducta típica exteriorizada que cause una modificación en el mundo, es en esencia una conducta ciega guiada por la propia naturaleza orgánica del sujeto.

La conducta presentada por un individuo sometido a la influencia de una fuerza exterior producida por otro sujeto, como se puede ver es parecida a la desencadenada por una fuerza natural, imposible de controlar por la voluntad humana, sin embargo en el caso de la fuerza provocada por el hombre que propicia las condiciones para que otro, cualquiera que este sea, dé una respuesta de la que no tiene conciencia y menos voluntad, no la piensa y tampoco la elige. En los dos últimos casos la conducta queda sujeta a la influencia irresistible de fuerzas exteriores a los individuos, imposibles de controlar, completamente ciegas, una de origen natural y la otra de origen humano.

“El tipo se caracterizó por ser “objetivo y libre de valor (no valorativo)” de ahí que los elementos que conformaron a la tipicidad fueron elementos puramente objetivos o descriptivos, que son aquellos que se constatan a través de los sentidos y se verifican a través de pruebas sustentadas en las ciencias naturales. Por ejemplo, el privar de la vida a otro es un hecho que se verifica a través de los sentidos, pero que se constata a través de las pruebas periciales del médico forense, los dictámenes de balística, etcétera.”¹⁴

También se consideran atípicas las conductas que no reúnen todos los elementos descritos en el tipo; por ejemplo, la cópula impuesta por la fuerza no puede ser constitutiva de violación si hubo consentimiento de la mujer mayor de edad que pidió tener la relación sexual con prácticas sadomasoquistas.

Con respecto a la antijuridicidad la conducta tiene que acomodarse a la descrita en el tipo penal, lo que permitirá determinar el injusto. La conducta puede ser contraria a la ley, sin embargo, si ésta está

¹⁴ Diaz-Aranda, Enrique, Derecho Penal, parte general (Conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social), Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, p. 116.

amparada por una justificación la conducta no es sancionada, es decir que el delito se extingue, no así lo antijurídico de la acción.

En este sentido, la conducta de matar (objeto) está descrita en un tipo penal en el artículo 302 del Código Penal Federal, pero su antijuridicidad depende de su contrariedad con el derecho (valoración del objeto), por lo que si esa conducta prohibida de matar se realizó en legítima defensa, según el artículo 15, fracción IV, del mismo Código Penal Federal, entonces estamos ante una conducta típica, pero justificada, por lo que el delito se extingue. Por ello se dice que el juicio de tipicidad "...no contiene ninguna valoración legal que aluda a la antijuridicidad de la actuación típica".¹⁵

Liszt, consideró que la culpabilidad como elemento subjetivo del delito era de origen psicológico, es la voluntad de producir un resultado después de que el sujeto se lo representó. Si el resultado es provocado y deseado por el sujeto estamos frente al dolo, es la culpabilidad perfecta. En el dolo eventual, el sujeto se representa el resultado material, pero no lo quiere. En la culpa, el autor, se representa el resultado pero no lo desea, se presenta una relación psíquica imperfecta, entre el sujeto y el resultado material.

"...la culpa era considerada como una conexión síquica imperfecta debido a que el autor provocaba un resultado no deseado que se había representado. Así, en la forma de culpabilidad culposa el autor se propone realizar una conducta para alcanzar un resultado...."¹⁶ Así por ejemplo, el médico que decide intervenir quirúrgicamente a su paciente, a sabiendas de que es de mucho riesgo y sabe que podría morir, no procede con el fin de matarlo, por el contrario, su deseo es

¹⁵ Díaz-Aranda, Enrique, Derecho Penal, parte general (Conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social), Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, p. 117.

¹⁶ Díaz-Aranda, Enrique, Derecho Penal, parte general (Conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social), Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, p. 118.

salvarle la vida, no obstante que sus esfuerzos van en este sentido, éste muere. Su intención no es privarlo de la vida, sabe por su representación que el resultado material puede ser fatal, sin embargo lo desecha, de ahí que se hable de una relación psicológica imperfecta en la culpabilidad, culposa, ya que el autor sí había previsto el resultado provocado, pero previamente lo había desechado como posible.

En consecuencia, a partir de 1907 se pudo desarrollar la teoría del delito conforme a los postulados del sistema clásico sustentado en un presupuesto y tres categorías, cuya estructura es la siguiente:

El presupuesto es la conducta, es la causa de lo causado, las categorías son tipicidad, antijuridicidad, y culpabilidad. La tipicidad es el tipo objetivo, constituido por los elementos objetivos, percibidos por los sentidos. La antijuridicidad se caracteriza por la ausencia de causas de justificación, como son la legítima defensa, estado de necesidad justificante, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho o consentimiento del sujeto pasivo. Por último la culpabilidad integrada por el dolo y la culpa. En el causalismo la culpabilidad fue separada del tipo penal en donde se incorporaron los elementos subjetivos, el dolo y la culpa.

“Con respecto a la tercera categoría, recordemos que el sistema clásico del delito sustentaba la culpabilidad en el nexo psicológico entre el autor y su hecho, de tal suerte que en la culpabilidad dolosa el sujeto provocaba lo que había querido causar, y por ello se consideraba que la culpabilidad era perfecta, mientras que la culpabilidad culposa se calificaba como defectuosa porque psicológicamente el sujeto no quería el resultado provocado, sólo lo “previó” y desechó su posible comisión siguiendo adelante con la conducta que más tarde causa el resultado. Entonces, la previsibilidad anterior a la realización de la conducta servía de sustento al sistema clásico para sostener la existencia de un nexo psicológico defectuoso entre el sujeto activo y el resultado. Lo anterior se puede sostener en la culpabilidad culposa con

representación, pero es insostenible en la culpa inconsciente o sin representación, en la cual se caracteriza por la falta de previsibilidad de un posible resultado típico; por consiguiente, sin la existencia del nexo psicológico entre el autor y su hecho no había forma de sustentar la culpabilidad.”¹⁷

El causalismo puede proyectarse al infinito en busca de la causa de la conducta que tiene un resultado material, como en los casos de homicidio, lesiones, etc. Es por ejemplo, el caso de culpar a la madre por haber tenido a un hijo delincuente, y a la madre por haber nacido, y así llegaríamos hasta el mismo origen de la tierra, pues de no haber existido ésta no hubiera tenido la más mínima oportunidad de venir a este mundo.

La culpabilidad es el elemento subjetivo del delito, depende absolutamente de la constitución biológica, psicológica y social del delincuente, sin embargo un sujeto que actúa al margen de las disposiciones normativas de su comunidad es considerado como un peligro que la puede destruir. Las conductas de esta naturaleza son y serán por siempre combatidas. Los elementos subjetivos de la culpabilidad son el dolo y la culpa, en el primero es la manifestación de la voluntad del individuo de alcanzar un resultado material típico, lo ha previsto y se ha representado el resultado consciente de la antijuridicidad de su acción, la planeó e hizo todo lo necesario para alcanzar su objetivo, es decir que ejecutó la acción. Suponiendo que el delincuente ha planeado quitar la vida a otro, en primer lugar pensó como llevarlo a cabo, compró el arma que accionaría en el momento en que su víctima caminara por el lugar deseado, y disparará matando al sujeto señalado. La acción y el resultado material, objetivo,

¹⁷ Diaz-Aranda, Enrique, Derecho Penal, parte general (Conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social), Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, p. 121.

perceptible por los sentidos, el cadáver, en el caso de homicidio se unen por el nexo psicológico del homicida. Es entonces cuando se puede establecer el elemento subjetivo de la culpabilidad, el dolo.

En lo referente a la culpa, el resultado material es conocido, pero, aun así el autor sigue con la esperanza de que no se presente, el delito es cometido por imprudencia, por descuido o negligencia.

“Con esta concepción, se puede considerar que la mujer que da una cachetada a su novio y le provoca una hemorragia que desemboca en su muerte, porque es hemofílico, es la causante de la muerte. De igual forma, si un asaltante hiere a la víctima en el brazo y al ser trasladada al hospital muere en un accidente de tránsito o en el hospital debido a un incendio, se puede sostener que el asaltante fue el que provocó la muerte, porque desencadenó el proceso causal que conllevó a la víctima a estar en el lugar del accidente. Como se puede advertir, la aplicación estricta de la teoría causal nos lleva a considerar que tanto la conducta de la novia como la del asaltante son las que provocaron la muerte de la víctima.”¹⁸

La causa de los hechos es diversa, explicada por teorías que llegan al absurdo, como el prolongar hacia atrás todos los comportamientos que tienen relación, la del homicidio de los adúlteros, que fueron engendrados por sus respectivos progenitores, pero que además tiene nexo quien fabricó la cama, es decir, el carpintero, y así sucesivamente hasta el infinito, delito que queda, entonces, sin solución.¹⁹

¹⁸ Díaz-Aranda, Enrique, Derecho Penal, p. 151

¹⁹ Roxin, Claus, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, Editorial Civitas, primera edición, 1997, Madrid, p. 347-348 “La teoría de la equivalencia explica cómo se procede al amparo de la *conditio sine qua non*: La jurisprudencia y la doctrina dominante para comprobar la relación de causalidad, se sirven de la teoría de la equivalencia. Esta trabaja en la mayoría de los casos con la fórmula de que debe considerarse causa toda condición de un resultado que no puede ser suprimida mentalmente sin que desaparezca el resultado concreto; es decir, que es válida como causa *conditio sine qua non*, o sea, toda condición sin la cual no se habría producido el resultado. Así por ejemplo, si un automovilista que conduce bebido no puede dominar su

“Considerar a cualquier conducta como causante del resultado relevante para el derecho penal por el simple hecho de encontrarse dentro de la cadena causal, como lo sostiene el causalismo puro, nos lleva a extremos inadmisibles conforme al principio de justicia material. Por ejemplo, si Adolfo lanza un ladrillo contra Sergio, y le causa lesiones en la cabeza, ante lo cual acuden en su auxilio socorristas de la Cruz Roja, quienes a su llegada consideran conveniente el traslado del herido hasta el hospital; pero durante el trayecto el chofer de la ambulancia pierde el control y choca frontalmente contra un poste de luz, y los cables de alta tensión caen sobre la ambulancia provocando la muerte de Sergio, los paramédicos y el chofer de la ambulancia. De acuerdo con la teoría de la *conditio sine qua non*,²⁰ la conducta de

vehículo e invade el otro lado de la calzada, donde se produce un choque con otro coche que venía de frente, el haber consumido alcohol es causal respecto de ese accidente; pues si se lo suprime mentalmente, el conductor del coche hubiera continuado por el lado correcto de la calzada y no hubiera tenido lugar el accidente. Pero también es causal la víctima del accidente, ya que si se suprime mentalmente su conducción, tampoco se hubiera originado el accidente. Y según esa misma fórmula, son también causa los fabricantes de ambos coches, y además otras personas que hayan motivado a la conducción de ambos, así como un cúmulo de ulteriores circunstancias que hayan influido en el suceso (por ejemplo, la construcción de la calzada, la invención del motor, etc.). Por consiguiente, no se realiza ninguna selección entre las innumerables condiciones de cualquier resultado, sino que por el contrario se consideran equivalentes (o sea, de igual valor) todas las condiciones, y a ese juicio de equivalencia le debe su nombre la teoría de la equivalencia.”

²⁰ Dal Dosso, Darío Alberto, *Teoría de la Imputación Objetiva*, Investigación para la evaluación final correspondiente a la VI Edición del Master propio en Derecho Penal Universidad de Sevilla, octubre/noviembre 2011, Universidad de Mendoza, República de Argentina, p. 11

“Simplificando al máximo, la aplicación de la teoría de la *Conditio sine qua non* o de la equivalencia de las condiciones, en rigor, la única teoría causal en sentido estricto, llevaba a una causalidad infinita con resultados injustos e inclusive ridículos. Para solucionar estos excesos de imputación se esbozaron correctivos acudiendo a otras teorías de la causalidad. Las más importantes fueron las teorías de la causalidad adecuada y de la relevancia típica.

- a. La teoría de la causalidad adecuada, descansa en una aplicación del juicio de posibilidad a la relación causal. Para ella, se denomina causa de un resultado –en oposición a la teoría de la equivalencia- a aquella condición que es en general apropiada, según la

Adolfo es la causa de la muerte de Sergio, los paramédicos y del chofer, pues él fue quien desencadenó el proceso causal que dio origen a todos los posteriores resultados, toda vez que de no haber lesionado a Sergio, no habría sido necesario llamar a los socorristas y, por tanto, éstos no habrían acudido a ese lugar, con lo cual tampoco habría verificado la colisión ni la muerte de los cuatro ocupantes de la ambulancia.”²¹ La única forma de romper con la cadena causal de la responsabilidad por la equivalencia de las condiciones es que a la ambulancia le hubieran colocado una bomba que al estallar mata a los ocupantes del vehículo, el comportamiento doloso del terrorista desvía la culpa hacia él, liberando a Adolfo de la imputación por homicidio.

experiencia, para producir el resultado típico. Por consiguiente, sólo la condición adecuada al resultado es causa.

Esta teoría sigue el procedimiento hipotético de eliminación de la *conditio sine qua non*, pero no acepta como causa a todas las condiciones del resultado que no puedan eliminarse mentalmente, sino solamente a aquellas que según la experiencia sean en general idóneas para producir el resultado típico. Causa sólo será la condición adecuada al resultado. De lo que se deduce que causa son aquellas condiciones que aumentan de manera relevante la posibilidad del resultado típico.

Como puede notarse, la teoría de la adecuación no es una teoría causal, sino una teoría de imputación. Es decir, no dice cuando una circunstancia es causal respecto de un resultado sino que intenta dar una respuesta a la pregunta de qué circunstancias causales son jurídicamente relevantes y le pueden ser imputadas a un agente.

- b. Teoría de la relevancia típica: Mezger propuso como paso inicial recurrir a la teoría de la *conditio sine qua non* para establecer la causalidad puramente física, y acto seguido, valorar la relevancia penal (importancia jurídica) de la conducta en cuestión mediante los principios de la adecuación y una interpretación conforme a sentido de los tipos legales. En otras palabras, esta posición implica la exigencia de una teoría de la imputación autónoma y subsiguiente al examen de la causalidad natural.

Con arreglo a esta teoría al autor sólo se le puede imputar la forma típica de producción del resultado, con lo que se excluyen los cursos causales atípicos. Es decir, las condiciones inadecuadas son irrelevantes en el campo jurídico, con lo que serán también irrelevantes las condiciones dentro del riesgo permitido y aquellas conductas que no incrementan el riesgo de lesión de bienes jurídicos.”

²¹ Díaz-Aranda, Enrique, Derecho Penal, p. 153

Para el causalismo los delitos siempre serán producto del comportamiento voluntario del autor, por lo tanto el dolo y la culpa son los elementos subjetivos, como parte del tipo subjetivo.

Según Roxin, la teoría de la equivalencia (teoría de la condición) es la que explica cómo se puede imputar el resultado material típico de una acción a un sujeto, estableciendo el nexo psicológico entre conducta y resultado.

“La jurisprudencia y la doctrina dominante para comprobar la relación de causalidad, se sirven de la teoría de la equivalencia. Ésta trabaja en la mayoría de los casos con la fórmula de que debe considerarse causa toda condición de un resultado que no puede ser suprimida mentalmente sin que desaparezca el resultado concreto; es decir, que es válida como causa toda *condicio sine qua non*, o sea, toda condición sin la cual no se habría producido el resultado. Así por ejemplo si un automovilista que conduce bebido no puede dominar su vehículo e invade el otro lado de la calzada, donde se produce un choque con otro coche que venía de frente, el haber consumido alcohol es causal respecto de ese accidente; pues si se lo suprime mentalmente, el conductor del coche hubiera continuado por el lado correcto de la calzada y no hubiera tenido lugar el accidente. Pero también es causal la víctima del accidente, ya que si se suprime mentalmente su conducción, tampoco se hubiera originado el accidente. Y según esa misma fórmula, son también causa los fabricantes de ambos coches, y además otras personas que hayan motivado a la conducción de ambos, así como un cúmulo de ulteriores circunstancias que hayan influido en el suceso (por ejemplo la construcción de la calzada, la invención del motor, etc.). Por consiguiente, no se realiza ninguna selección entre las innumerables condiciones de cualquier resultado, sino que por el contrario se consideran equivalentes (o sea, de igual

valor) todas las condiciones, y a ese juicio de equivalencia le debe su nombre la teoría de la equivalencia.”²²

Si suprimimos la causa que suponemos que es la condición del resultado y éste desaparece, entonces la debemos descartar de inmediato sin fincar responsabilidades al autor, la finalidad de la teoría de la equivalencia es la de encontrar la causa de la condición que ocasionó el resultado material, así como el nexo subjetivo entre la acción y el resultado. La imputación objetiva del resultado es la delimitación de la responsabilidad de la conducta que ha lesionado un bien jurídico. La Teoría de la Equivalencia (Teoría de la Condición) se proyecta hacia atrás al infinito, por lo que resulta absurda, y poco confiable en la imputación de un delito a una persona.

“Hoy es algo ampliamente reconocido que para verificar el nexo conforme a leyes hay que atender al resultado en su forma más concreta incluyendo todos los eslabones intermedios que han conducido al mismo (Teoría de la equivalencia concretante). De ahí se sigue que para la causalidad es suficiente cualquier modificación del resultado. Así, incluso quien mata a un moribundo ha causado su muerte (en su modo y forma concretos), y por cierto que también es así aunque ni siquiera acorte su vida. Pero es que incluso si un médico retrasa con su actuación la muerte inevitable del paciente, en el sentido de la teoría de la equivalencia ha puesto una condición de la muerte de aquél; otra cuestión (que naturalmente hay que negar: es la de si debe imputársele al sujeto esa causación de muerte como homicidio, pues la causalidad precisamente es sólo el primero, pero no el único presupuesto de la imputación. Igualmente ha causado unos daños quien con su cooperación al hecho aumenta o tan sólo modifica la raja que otro le hace a un jarrón de porcelana. Estos principios también se reconocen de modo general en la jurisprudencia...unos golpes

²² Roxin, Claus, Derecho Penal, Parte General, tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pp. 347-348.

mortales no son causales porque los golpes de otra persona han cooperado a la muerte y posiblemente incluso la han acelerado. Sin embargo, una modificación del suceso solamente no es causal si es irrelevante para el modo y forma, así como para el tiempo y lugar de la realización de un elemento del tipo. Por tanto, quien ha pintado el jarrón que posteriormente destruye de un golpe un tercero no es causante de los daños; pues es cierto que hay una diferencia entre la destrucción de un jarrón pintado y la de uno no pintado, pero para el único resultado de daños requerido legalmente...la pintura del objeto no es relevante de ningún modo imaginable (sólo sería distinta la situación si por ejemplo una decoración hubiera aumentado la fragilidad del jarrón).”²³

La causalidad de un resultado material desde el punto de vista de la teoría de la equivalencia se complica al momento de la imputación, como se dice arriba si el paciente agoniza por el padecimiento que le quitará la vida en poco tiempo, y el médico le administra una sustancia que lo matará sin dolor, en breve. La causa de la muerte del sujeto es la sustancia, aunque el padecimiento sea el antecedente de su destino mortal. En caso de que no lograra hacerlo morir, sería imputado por intento de homicidio, como bien lo señala Roxin en la siguiente cita.

“Asimismo los casos de causalidad alternativa...deben solucionarse exclusivamente conforme a la fórmula de la condición conforme a leyes. Por tanto, en el caso ya mencionado en que A y B, actuando independientemente uno del otro le sirven a C en el café una dosis de veneno, cada una letal por sí sola, ambos son causa de un homicidio consumado si con un análisis químico se puede demostrar que ambas sustancias venenosas han cooperado a la muerte de C. Si por el contrario se comprueba que el veneno empleado por A ha provocado la muerte antes de que pudiera operar la sustancia de B, en B sólo se

²³ Roxin, Claus, Derecho Penal, Parte General, tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 352.

da un homicidio intentado. Si se demuestra que sólo un veneno ha resultado eficaz, pero ya no se puede comprobar posteriormente si procedía de A o de B, entonces hay que castigar a ambos, en virtud del principio *in dubio pro reo*, por tentativa. También estamos ante un caso de causalidad alternativa si el autor hace un disparo doloso y otro imprudente a la víctima y cada disparo por sí solo hubiera sido mortal, pero la víctima muere *in concreto* por la conjunción de los resultados lesivos de ambos disparos; pero en tal caso el homicidio imprudente es desplazado como subsidiario por el doloso...”²⁴

1.3. Finalismo

En el finalismo la acción tiene un fin, los elementos subjetivos del delito son sacados del tipo y separados, Welzel define perfectamente que cuando hablamos de acción es la actividad corporal del ser humano y de nadie más, nos dice Roxin que esta postura se recargó en las investigaciones psicológicas posteriores a la primera guerra mundial, que Nicolai Hartman le permitió a Welzel formular el carácter ontológico de la acción y situar a la acción en el punto central del sistema del Derecho Penal y devolverle de ese modo la base de las leyes del ser que había sido destruida por el concepto natural de acción. La finalidad o carácter final de la acción se basa en que el hombre, por su saber causal, puede prever en cierta medida las posibles consecuencias de su actuación, fijarse por ello diversos objetivos y dirigir planificadamente su actuación a la consecución de

²⁴ Roxin, Claus, Derecho Penal, Parte General, tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 354.

esos objetivos. La actividad final es una producción consciente de efectos partiendo de un objetivo.²⁵

“Hans Welzel tomó en consideración la filosofía neokantiana de la escuela sudoccidental alemana (filosofía de los valores) y la sicología del pensamiento de Richard Höningwald, desarrollando durante los años treinta el concepto final de acción, cuyo punto medular radica en poner de manifiesto que la conducta no es relevante para el derecho penal sólo por su causalidad, sino porque ésta es dirigida por una finalidad que guía al proceso causal. Así, Welzel partió de una estructura lógico-real de la acción y sostuvo que de todos los procesos causantes de resultados de lesión o puesta en peligro de bienes fundamentales (elemento objetivo o real) solo interesan al derecho penal (elemento lógico) las conductas humanas porque están dirigidas por el intelecto hacia la consecución de dicho resultado (lógico- real, mientras que los demás procesos causales (por ejemplo, el rayo que

²⁵ Según Roxin “Desde las investigaciones de Niese los finalistas han caracterizado el hecho imprudente como acción final, atendiendo no al resultado producido, sino al objetivo perseguido por el autor, si, al limpiar una escopeta, por descuido se escapa un tiro y mata a una persona, ello ciertamente no es una acción final de matar, pero sí una acción final de limpiar, que cae bajo el concepto común de acción. De ese modo se produce en efecto mediante la finalidad un elemento base común al actuar doloso y al imprudente; pero esa finalidad del hecho imprudente es tanto más inidónea como elemento sistemático de enlace, pues el objetivo perseguido por quien actúa imprudentemente es totalmente irrelevante a efectos jurídicos penales y por ello tampoco puede ser portador de los predicados típico, antijurídico y culpable, que se deben más bien a la falta de cuidado causante del resultado, pero ésta no tiene sitio alguno en la estructura de la finalidad. Con ello el concepto final acaba regresando al concepto natural de acción: sólo importa si el agente ha querido algo, cualquier cosa; el contenido de su voluntad es indiferente. Así pues, la empresa de Niese termina con una completa capitulación del concepto final de acción ante la imprudencia.” Roxin, Claus, Derecho Penal, Parte General, Editorial Civitas, Madrid, primera edición, 1997, p. 241

mata a una persona o el toro que embiste y mata al torero) son ciegos.”²⁶

La valoración de la acción conforme a la norma establece los límites precisos de las conductas permitidas y de las no permitidas, así por ejemplo, el médico que realiza un procedimiento quirúrgico lesiona el cuerpo del paciente con su consentimiento, es una acción consciente y voluntaria por parte del profesional, no es producto de sus reacciones naturales, ciegas, por lo que desde el finalismo son consideradas acciones dolosas, sin cabida para la imprudencia. En cambio los acontecimientos o fenómenos naturales como la lluvia, el rayo que mata a una persona son ciegos, por carecer de un fin, asociado a la voluntad del hombre.

El dolo y la culpa son elementos subjetivos de la culpabilidad, esta categoría por el finalismo es extraída del tipo y propuesta como un principio que no pertenece al tipo, en donde se encuentran los elementos objetivos del delito, percibidos por los órganos sensoriales. Los elementos subjetivos que integran la culpabilidad es el principio interno del sujeto que nos indica cual es la dirección de sus acciones, dolosas o culposas, pero únicamente si las conductas son típicas, es decir que aparecen en la norma, son punibles.²⁷ Para que una

²⁶ Díaz-Aranda, Enrique, Derecho Penal, parte general (Conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social), Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, p. 128.

²⁷ “También en su calidad de elemento límite provoca algunas dudas la finalidad, incluso en los delitos comisivos. Ello sucede sobre todo en las llamadas acciones automatizadas, que cumplen un importante papel en los delitos de circulación y que en general se consideran acciones, pero en las que precisamente falta un control consciente en la mayoría de los casos; p. ej., en determinadas situaciones se pisa el pedal del freno sin reflexión consciente, sobre la base de disponibilidades para la acción que funcionan en lo semi y en lo inconsciente. Por ello Stratenwerth se vio impulsado a introducir el concepto de finalidad inconsciente (es decir, un control que se produce desde lo inconsciente); esto efectivamente coincide con las circunstancias fácticas y con la propia opinión de Welzel de que frecuentemente no se puede demostrar un control consciente de la acción en el caso concreto, pero se aleja considerablemente del entendimiento de la estructura final, mantenido por Welzel hasta el

intención sea culpable es necesario que se materialice en el mundo externo del sujeto y cause una transformación, pero además que en principio sea típica y antijurídica, a menos que por una justificante la conducta ilícita, deje de serlo y desaparezca el delito. La prevención que se puede tener antes de la acción es el argumento del ejercicio de la voluntad y al elegir la ejecución se determina el dolo. La representación es la anticipación del resultado, es la imagen de lo que puede ocurrir.

“Mientras que el sistema clásico analizó a la conducta desde el punto de vista puramente material, y el sistema neoclásico desde uno causal-valorativo, con la teoría finalista se agregó a la causalidad el aspecto subjetivo (final). En otras palabras, en la conducta ya no sólo se analizaba la relación de causalidad entre el resultado y la conducta, sino también la intención del agente al realizar dicha conducta...Así, por ejemplo, cuando un rayo cae y mata a un ser humano o un toro embiste a un aficionado y lo mata, existe un factor (rayo o toro) desencadenante del proceso causal que culmina en la muerte, pero lo único que puede hacer diferente esos hechos de la conducta de sacar la pistola, disparar y privar de la vida a otro, radica en la finalidad. En efecto, tanto la caída del rayo como la embestida del toro son sucesos que acontecen sin la existencia de un fin, son “procesos causales ciegos”; mientras que la conducta del que dispara contra otro está desencadenando un proceso causal guiado por la finalidad, de ahí que la “conducta humana es un proceso causal vidente”²⁸

Voluntad y finalidad de la conducta del hombre le permiten autodeterminación, es la dirección de sus actos en la producción de un

final, como una selección de medios conscientemente dirigida a partir del fin u objetivo y un control planificado del curso de la acción.” Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, Editorial Civitas, Madrid, primera edición, 1997, p. 243

²⁸ Díaz-Aranda, Enrique, Derecho Penal, parte general (Conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social), Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, p. 129.

resultado, es la libertad de elegir entre lo permitido por la sociedad y lo prohibido, es en suma la determinación del sujeto de matar o no, es querer cometer un delito y comportarse encaminado a alcanzar la finalidad de su conducta. El fin es el presupuesto del resultado, y la voluntad induce el comportamiento del sujeto para obtener el resultado material.

“En el sistema finalista la tipicidad se integraba con un tipo objetivo y un tipo subjetivo.

El tipo objetivo es el núcleo real–material de todo delito. Delito no es únicamente voluntad mala, sino que voluntad mala que se realiza en un hecho... El fundamento real de todo delito es la objetivación de la conducta en un hecho externo. El hecho externo es, por ello, la base de la estructuración dogmática del delito. Por supuesto que para complementar el tipo objetivo no sólo se atendía a la conducta materializada, sino también al resultado, sea de lesión o de peligro del bien jurídico tutelado. A esto último Welzel lo denominó como circunstancias del hecho del tipo objetivo.”²⁹

“La antijuridicidad es un juicio de valor objetivo, en tanto se pronuncia sobre la conducta típica, a partir de un criterio general: el ordenamiento jurídico. El objeto que es estimado como antijurídico, es decir, la conducta típica de un hombre, constituye una unidad de momentos del mundo externo (objetivos) y anímicos (subjetivos)... La antijuridicidad es objetiva sólo en el sentido de un juicio de valor general; su objeto, la acción, en cambio, es una unidad de elementos objetivos (del mundo externo) y subjetivos.”³⁰

La conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son elementos fundamentales de la teoría finalista, en donde la acción con finalidad lo es todo, es muy complicado aceptar, bajo estos principios la culpa, pues la voluntad gobierna la conducta y sólo cuando la acción del

²⁹ Díaz-Aranda, Enrique, Op. Cit., p. 130.

³⁰ Díaz-Aranda, Enrique, Op. Cit., p. 131.

individuo tiene una justificante no es culpable, por lo que el elemento objetivo está por encima del subjetivo. El elemento objetivo de la acción es el resultado material y el subjetivo el conocimiento y la voluntad de hacer, que se constituye en el nexo psicológico entre el sujeto y el resultado material de su acción.

La tipicidad es la conducta que se acomoda a la descripción del tipo penal, en la tipicidad, el finalismo, ubica los elementos objetivos, entiéndase el resultado material de la acción percibido por los sentidos señalados en la normatividad.

Los elementos subjetivos son: dolo y culpa.

La antijuridicidad se caracteriza por la ausencia de causas de justificación: legítima defensa; estado de necesidad justificante; cumplimiento de un deber; ejercicio de un derecho o consentimiento del sujeto pasivo.

La culpabilidad es la posibilidad de imputabilidad por la consciencia de la antijuridicidad. La ausencia de excluyentes permite la culpabilidad, entre las que se pueden mencionar: miedo grave o temor fundado; estado de necesidad exculpante; error de prohibición.

En la teoría finalista la conducta es un movimiento corporal que produce cambios en el mundo exterior del sujeto, es producto de la voluntad con un fin.

“Desde el momento que el hombre resuelve actuar no obstante dichas consecuencias, dirige a ellas de manera consciente el curso causal y las reconoce como posibles fines de su conducta. Pero ¿no es aplicable esto asimismo a la culpa consciente? La diferencia entre ella y el dolo radica para Welzel en la “posición volitiva del autor” Pero la esperanza de que no se producirá el resultado, característica de la culpa consciente, sólo afecta a la punibilidad, no a la conciencia de la posible causalidad. Vistos a la luz de la estructura de la acción, el *dolus eventualis* y la culpa consciente van juntos, y sólo se separan como peldaños de la culpabilidad. La doctrina finalista de la acción entra aquí en conflicto con las graduaciones de la culpabilidad predeterminadas

por el legislador. La doctrina según la cual el dolo y la culpa no son diferentes especies de la acción, sino peldaños y formas de la culpabilidad, permanece en armonía con la graduación de las sanciones penales, que siempre ha constituido el escollo en que han tropezado las conocidas tentativas de estructurar a priori la posición subjetiva del autor respecto al resultado (distinguiendo como Löffler y Miricka la intención, el saber y la previsibilidad). La doctrina final de la acción favorece una “psicologización” del dolo y de la culpa que parecía ya felizmente superada.”³¹

La psicología explica que la conciencia es el estado en que el sujeto ha superado el momento de la mera reacción instintiva de los estímulos exteriores, a lo que se le conoce como la sensación producto del impacto mecánico de la luz en los ojos, el sonido en los oídos, el sabor de lo agrio, dulce, amargo en el gusto, la textura, la temperatura, lo duro, lo suave en el tacto y los olores en el olfato, todos órganos sensoriales que ponen en contacto al ser vivo en general con sensibilidad. Todos estos estímulos se agrupan en la percepción y aparecen los objetos y la conciencia del mundo, es la representación del exterior del individuo. Cuando en derecho penal se habla de conciencia y voluntad no es otra cosa que el conocimiento, que andando el tiempo se vuelve voluntad. Por tal el individuo que conoce y quiere siempre cometerá delitos dolosos, entendido esto como la intención de hacer daño, de destruir un bien jurídico tutelado por el Estado, como la salud y vida, el patrimonio, la vivienda, etc. Para el caso que nos ocupará más adelante que es la conservación de la salud, bien jurídico, por el ejercicio profesional del médico, quien posee conocimientos especiales y se constituye en el guardia de la salud de sus pacientes, tiene la calidad de garante que agrava su acción contraria. En el finalismo es complicado atribuir al autor un delito por imprudencia, no obstante que la representación del resultado adverso

³¹ Díaz-Aranda, Enrique, Op. Cit., p. 134.

no inhiba la acción con la esperanza de que éste no se presente, es dolo eventual.

En efecto, la concepción final de acción tuvo repercusiones en el tipo y en la culpabilidad, debido a que la conducta final obligaba a incluir al dolo y la culpa en el tipo, y por ello el fundamento de la culpabilidad quedó como puramente normativo. Por ende, el cambio de la concepción final de acción por un concepto de acción potencial o cibernética ya no justificaba la necesaria inclusión del dolo en el tipo ni en la fundamentación puramente normativa de la culpabilidad.³²

“La construcción de la acción final se conformaba de dos fases. La primera se desarrolla sólo en el pensamiento, inicia con un fin que se propone el sujeto, para cuya realización necesita retroceder mentalmente con el objetivo de seleccionar los medios necesarios para conseguirlo y considerar las consecuencias secundarias vinculadas a ellos. Dicho proceso mental se denomina de retroceso, y está sustentado en los conocimientos que el individuo tiene sobre los procesos causales, los cuales nos pueden indicar que para conseguir un fin y objetivo será muy probable provocar otros resultados; se trata de consecuencias necesarias que también quedarán incluidas dentro de la voluntad del autor que, pese a dicha previsión, decide dirigir su conducta a la consecución del fin principal; de ahí que quien coloca una bomba en un avión para matar a la tía rica, sabe que su conducta provocará también la muerte de los demás pasajeros, y aunque ése no es su fin, quedarían incluidas dichas muertes dentro de su voluntad finalista de acción.

La segunda fase de la conducta final es objetiva, y se manifiesta en el mundo exterior con la realización de una cadena sucesiva de movimientos encaminados hacia la producción del resultado. En esta secuencia los actos preparatorios son impunes, mientras que los de ejecución son punibles... Por esta razón no sólo se excluyen del

³² Díaz-Aranda, Enrique, Op. Cit., p. 135.

derecho penal el análisis de los fenómenos naturales o los comportamientos de animales irracionales, sino también aquellos sucesos en los cuales el hombre actúe como una mera masa mecánica (en un desmayo repentino), o que ejecute movimientos reflejos adecuados o contrarios al objetivo (en ataques de calambre o en reacciones indominales de susto)”³³

Por ejemplo, en el supuesto del chofer de un microbús, quien durante la conducción recibe el pago del pasaje y, ante la alta denominación del billete recibido, concentra su atención en el dinero que debe dar de cambio, descuidando su atención en la conducción sin percatarse de la detención de la marcha de los demás automóviles, colisionando con el vehículo de adelante y, producto de ello, causando lesiones a los ocupantes del vehículo y a algunos de los pasajeros, quienes al momento del choque se impactan contra los pasamanos y cristales del microbús. Si se analiza la conducta del chofer, su finalidad está dirigida a dar el cambio exacto, no a la violación de un deber de cuidado, y no se ha representado en momento alguno la posible lesión de los pasajeros o de otras personas ni los daños a otro vehículo.

Para explicar por qué esos resultados deben ser sancionados por el derecho penal, a pesar de que no corresponden a una acción final, Welzel recurre al desvalor de los resultados y transfiere el análisis de la conducta al terreno de su valoración social negativa, dado que el chofer no observó el deber de cuidado debido, con lo cual quería sostener que, por una parte, el desvalor de la acción y, por la otra, el desvalor del resultado, fundamentan la sanción penal de dicha conducta culposa. Pero lo anterior sólo nos ha reconducido al problema del reproche que se le puede hacer al chofer por no haber

³³ Díaz-Aranda, Enrique, Op. Cit., p. 167.

observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico (reglamento de tránsito), y ello ¡no ni más ni menos que la culpabilidad!

Por lo anterior, pese a todos los esfuerzos de Welzel para encontrar un sustento sólido que sirviera a la teoría finalista al enfrentarse a los problemas de la culpa, lo cierto es que los delitos culposos desvanecían la fórmula de la acción final, la cual, según el mismo autor, era la única que podía interesar al derecho penal.”³⁴

1.4. Funcionalismo

Los nuevos proyectos sistemáticos mantienen la estructura del delito con la conducta como presupuesto del delito y tres categorías: tipicidad; antijuridicidad, y culpabilidad. Sin embargo, cada categoría experimenta un notorio cambio tanto en su concepción como en su conformación. Por ejemplo, se sustituye la concepción final de acción y se fundamenta la conducta, bien en criterios valorativo-sociales (Roxin) o normativos (Jakobs); de igual forma, la concepción de la tipicidad ha experimentado un gran cambio a partir de los criterios de la imputación al tipo objetivo, denominados en su conjunto como “teoría de la imputación objetiva del resultado”, y que para nosotros debe denominarse “teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta”; el dolo pierde contenido psicológico y se acerca más a una concepción sicológico-normativa; el contenido normativo de la culpabilidad pasa a sustentarse en criterios político-preventivos (Roxin), o bien normativo- preventivos (Jakobs)”³⁵

³⁴ Díaz-Aranda, Enrique, Op. Cit., p. 169-170.

³⁵ Díaz-Aranda, Enrique, Op. Cit., p. 137.

“En el funcionalismo, el tipo objetivo se debe interpretar teleológicamente, estableciendo si la conducta en particular está dentro del radio de prohibición que el legislador quiso plasmar al emitir el tipo. Al efecto, se ha desarrollado una serie de criterios normativos que estaban esparcidos por la teoría del delito sin conexión alguna para reunirlos en lo que se ha denominado como teoría de la imputación objetiva del resultado, o, como nosotros la denominamos, teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta, cuya función es determinar el sentido y alcances teleológicos de la descripción contenida en el tipo, y de esa forma establecer si el hecho de la realidad puede considerarse como típico (prohibido).”³⁶

Roxin es autor del principio del riesgo, de donde se derivan las teorías que le permiten explicar cómo es posible que la sociedad acepte acciones con alto contenido de riesgo para bienes jurídicamente protegidos por el Estado, tales como la salud y la vida. Para proteger la salud y la vida de los miembros de la sociedad los legisladores han elaborado leyes que protegen el ejercicio profesional de los médicos, no obstante se les permite herir el cuerpo para restablecer la salud de sus pacientes. El riesgo limitado por la norma es riesgo permitido, las conductas que incrementan el riesgo permitido con resultado material típico es antijurídico y culpable.

“Para Roxin, “una acción es formalmente antijurídica en la medida en que contraviene una prohibición o mandato legal, y es materialmente antijurídica en la medida en que en ella se plasma una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva y que no se puede combatir suficientemente con medios extrapenales”.

La conducta típica será antijurídica si no está amparada por alguna causa de justificación, como la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el ejercicio del cargo y de derechos de coacción, la autorización de autoridad o las causas de justificación por riesgo

³⁶ Díaz-Aranda, Enrique, Op. Cit., p. 141.

permitido (consentimiento presunto y salvaguarda de intereses legítimos).”³⁷

En el funcionalismo la conducta es el presupuesto del tipo, de la antijuridicidad y la responsabilidad.

Los elementos del tipo objetivo son los elementos objetivos que se pueden percibir por los sentidos, los elementos normativos, y los criterios de imputación normativa al tipo (Teoría de la Imputación Objetiva del Resultado). Los elementos del tipo subjetivo son el dolo y la culpa, y los elementos subjetivos específicos requeridos por el tipo.

La antijuridicidad se caracteriza por la ausencia de causas de las justificaciones: legítima defensa; estado de necesidad justificante; cumplimiento de un deber; ejercicio de un derecho o consentimiento del sujeto pasivo.

La responsabilidad queda integrada por la culpabilidad, imputabilidad, consciencia de la antijuridicidad, por la ausencia de excluyentes de la culpabilidad: miedo grave o temor fundado³⁸, error de prohibición y estado de necesidad exculpante; y finalmente por la necesidad de la pena.³⁹

La corriente funcionalista parte del concepto social de conducta; dicha concepción no es tan nueva como se piensa, y se pueden

³⁷ Díaz-Aranda, Enrique, Op. Cit., p. 142.

³⁸ 909827. 4886. Tribunales Colegiados de Circuito. Séptima Época. Apéndice 2000. Tomo II, Penal, P.R. TCC, Pág. 2474.

“El miedo grave se ha definido como la amenaza de un mal grave que realmente existe o se finge en la imaginación, impidiendo al agente del delito entender y querer la conducta y su resultado; en cambio, el temor fundado e irresistible, también llamado vis compulsiva, consiste en la amenaza de un mal grave e inminente que realmente existe y es precisamente lo que viene a diferenciarlo del miedo grave, porque en éste puede fingirse el mal en la imaginación y, por otra parte, en caso de ser real la amenaza, se asemeja al temor fundado, pero se diferencia en que, en éste, el agente del delito actúa impulsado por una fuerza exterior e irresistible, lo que no sucede en el miedo grave.” Disponible en:

<http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/909/909827.pdf>

³⁹ Díaz-Aranda, Enrique, Op. Cit., p. 143.

encontrar pronunciamientos, incluso anteriores a la aparición del finalismo.

“La acción no nos interesa como fenómeno fisiológico desde puntos de vista de las ciencias naturales, sino como fenómeno social en la dirección de sus efectos hacia la realidad social. De modo totalmente similar, English define el actuar como la producción voluntaria de consecuencias calculables socialmente relevantes, en cuya definición dicho concepto debía abarcar, junto con las acciones dolosas-finales, precisamente también las acciones imprudentes. Por su parte, Maihofer dice: Acción es una conducta dirigida a la lesión de bienes sociales, y posteriormente sigue desarrollando esa caracterización hasta formularla en el sentido de que acción es toda conducta objetivamente dominable en dirección a un resultado social objetivamente previsible. Y la versión más sencilla se encuentra en Jescheck, para el que acción es toda conducta socialmente relevante...Pero también el concepto social de acción tiene sus puntos débiles. Así en primer lugar no puede cumplir la función delimitadora, importante a efectos prácticos, pues ciertamente los meros pensamientos no son socialmente relevantes, pero todo lo demás que se quiere excluir por medio del concepto de acción: actos de personas jurídicas, efectos de la *vis absoluta*, movimientos puramente reflejos u otros no controlables, sí que es socialmente relevante. Y en efecto, los defensores del concepto social de acción se ven forzados, o a tomar prestadas características del concepto natural de acción recurriendo a los criterios de la voluntariedad, dominabilidad o semejantes, y a exponerse así a las objeciones formulables contra dicho concepto, o bien a desplazar la función delimitadora a un elemento situado al margen de lo social. Así Jescheck concede un significado autónomo dentro de su definición al concepto de conducta (o comportamiento), que define como respuesta a posibilidades de acción. Este es un punto de partida digno de tenerse en cuenta, pero no tiene nada que ver con el criterio de lo socialmente relevante; e incluso hay que preguntarse

hasta qué punto sigue siendo relevante, si es que lo es, la relevancia social, es decir, qué respuesta a una exigencia situacional... realizando una posibilidad de reacción se va a excluir del concepto de acción por falta de relevancia social.”⁴⁰

El hombre es un ser social y su comportamiento debe ser acorde con la cultura del grupo social. Al no poder sobrevivir solo, el hombre, ha tenido que aceptar vivir en grupo, sin embargo, esto le ha llevado a sacrificar parte de su libertad de hacer lo que le venga en gana, como es un principio contradictorio, por un lado la naturaleza le impele a buscar alimento, que puede lograrlo mejor en grupo que individualmente, la seguridad de un refugio colectivo le permite dormir sin preocupación, con esto la supervivencia tiene mayores posibilidades, sus crías sobrevivirán en mayor número, sin exponerse a los peligros de las fieras. Podríamos decir que la naturaleza es enemiga de la sociedad, sin embargo el hombre ha desarrollado todo un sistema normativo que le ha permitido la convivencia pacífica. La naturaleza de los hombres ha sido sometida por las normas, por ejemplo, la actividad sexual tiene condiciones, en la sociedad actual, se enseña en el seno familiar, en la escuela, en los medios masivos de comunicación que hay una edad para iniciar, no la reproducción, sino la actividad sexual, no existe una norma que diga que a los tantos años es conveniente iniciarlas,⁴¹ se vierte información suficiente para que los

⁴⁰ Roxin, Claus, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, Editorial Civitas, Primera Edición, 1997, p. 245.

⁴¹ La fisiología de forma natural por el influjo de las hormonas de secreción interna mueven los mecanismos para impulsar al organismo a la reproducción, sin importar que el cuerpo este bien alimentado o bien vestido, solo se presentan las reacciones a las que responde mecánicamente el cuerpo. Por eso se dice que el comportamiento es ciego cuando se trata de reacciones fisiológicas, sin embargo, como se ha expresado, estas conductas deben ser incorporadas a la vida en sociedad para poder manifestarse con plenitud, así por ejemplo en épocas remotas los hábitos sexuales no autorizados por la sociedad eran reprimidos. “La familia consanguínea, la primera etapa de la familia. Aquí los grupos conyugales se clasifican por generaciones: todos los abuelos y abuelas, en los límites de la familia, son maridos y

individuos asuman que así es, quien se sale de estos parámetros es mal visto, es contrario a la sociedad. El matrimonio es con el fin de la reproducción, que a estas fechas se dice que es cuando un sujeto tiene la autonomía económica para cubrir las necesidades de los miembros de la familia, las políticas económicas imponen los límites del tamaño de la misma, incluso la construcción de las viviendas son de reducido tamaño que no permiten el cobijo de una familia de más de dos hijos, los programas educativos están señalados por el estado, contienen los conocimientos necesarios para el tipo de hombre que requiere tal sociedad. Es al final de cuentas el sometimiento de la naturaleza del hombre a la sociedad, quien presente comportamientos que la pongan en riesgo, será penado, y el castigo tendrá que ser ejemplar para desanimar a cualquier otro de seguir el mismo camino, es un enemigo de la sociedad que en algunos casos será eliminado, con penas extremosas o con la muerte.

mujeres entre sí; lo mismo sucede con sus hijos, es decir, con los padres y las madres; los hijos de éstos forman, a su vez, el tercer círculo de cónyuges comunes; y sus hijos, es decir, los biznietos de los primeros, el cuarto. En esta forma de la familia, los ascendientes y los descendientes, los padres y los hijos, son los únicos que están excluidos entre sí de los derechos y de los deberes (pudiéramos decir) del matrimonio. Hermanos y hermanas, primos y primas en primero, segundo y restantes grados, son todos ellos entre sí hermanos y hermanas, y por eso mismo todos ellos maridos y mujeres unos de otros. El vínculo de hermano y hermana presupone de por sí en este período el comercio carnal recíproco... Si el primer progreso en la organización de la familia consistió en excluir a los padres y los hijos del comercio sexual recíproco, el segundo fue en la exclusión de los hermanos. Por la mayor igualdad de edades de los participantes, este progreso fue infinitamente más importante, pero también más difícil que el primero. Se realizó poco a poco, comenzando, probablemente, por la exclusión de los hermanos uterinos (es decir, por parte de madre), al principio en casos aislados, luego, gradualmente, como regla general (en Hawái aún había excepciones en el presente siglo), y acabando por la prohibición del matrimonio hasta entre hermanos colaterales (es decir, según nuestros actuales nombres de parentesco, los primos carnales, primos segundos y primos terceros)." Engels, Federico, El origen de la familia, la propiedad privada y el estado, p. 21. Disponible en: https://www.marxists.org/espanol/m-e/1880s/origen/el_origen_de_la_familia.pdf

“La concepción de la conducta como manifestación de la personalidad sirve para excluir del ámbito penal conductas de animales o de personas jurídicas porque no tienen la calidad de entes anímico-espirituales. Asimismo, quedan excluidos los meros pensamientos o actitudes internas y los supuestos en los cuales el cuerpo humano provoca un resultado como una masa mecánica, lo cual sucede en la vis absoluta y vis compulsiva. Aunque se discute si se pueden excluir los supuestos de movimientos reflejos, automatismos, hechos producidos bajo impulsos afectivos de alta intensidad o en embriaguez sin sentido.”⁴²

Las conductas de los hombres al nacer evolucionan de lo más apegado a la naturaleza hasta las más socializadas, en los primeros años de vida son puro impulso natural, nótese la carencia del lenguaje, de la incapacidad para vestirse, de alimentarse por sí solo, de cruzar una calle con tránsito de vehículos automotores, etc., pero, en la medida que los años pasan aprende todas estas conductas sociales, hasta estar bien adaptado, la misma norma establece, en nuestro país que la mayoría se alcanza a los dieciocho años de edad, porque se supone que a esta edad el individuo tiene ya la capacidad de comportarse con responsabilidad, y la misma norma le permite el ejercicio de todos sus derechos y simultáneamente de sus deberes, que al no cumplirlos se convierten en obligaciones. La reflexión es que antes de alcanzar la mayoría sus conductas son guiadas más por el instinto que por la sociedad. Las conductas reflejas son mecánicas, que pueden ser provocadas por las fuerzas de la naturaleza o por la fuerza de mecanismos humanos, incluso por el mismo hombre como en el caso de ser impelido como un cuerpo contra el de otra persona, es la vis absoluta y la vis compulsiva, éstas son excluyentes del delito. La habitualidad se ha llegado a considerar como una conducta automática, por la fuerza de la repetición hasta constituir un hábito que

⁴² Díaz-Aranda, Enrique, Op. Cit., p. 181.

la pone al margen de la conciencia hasta dar la impresión de ser natural, y algunos autores han considerado la posibilidad de incluirla como una excluyente más.

“Desde nuestra perspectiva, es indiscutible que el mundo real (ontológico) existe con independencia del conocimiento humano, y por ello la existencia de los fenómenos que se manifiestan en la realidad no dependen de su reconocimiento intelectual o racional del ser humano. Así, el fenómeno por el cual una flor nace, crece y florece, existe con independencia de su comprensión por el hombre; es más, el mundo existía antes de que el hombre surgiera, evolucionara y tuviera raciocinio. El mundo ha existido y existirá con o sin el hombre. Sin embargo, se debe distinguir entre lo que es un fenómeno de la naturaleza y la conducta humana, pues un suceso natural, como el florecimiento de la flor, es independiente de su reconocimiento intelectual por el hombre, no así la conducta humana; ella depende de una valoración que así la conciba. En particular, para el reconocimiento de la relevancia de una conducta para el derecho penal depende del desarrollo de cada sociedad y su reflejo en sus leyes; por ejemplo, la conducta de adulterio fue durante mucho tiempo considerada como delictiva por nuestro Código Penal, y actualmente ha dejado de serlo; por el contrario, el avance tecnológico puede generar el nacimiento de nuevas conductas que requieren ser prohibidas o permitidas, como sucede con los delitos informáticos, y, de igual forma, las necesidades sociales pueden llevar al legislador a sancionar penalmente conductas contrarias al proceso electoral en México, sin que ello sea considerado como penalmente relevante en Alemania, y, por el contrario, el legislador alemán puede establecer una pena a quien prive de la vida o cause lesiones a un animal con vida significativa (un perro o un cisne), siendo que en México ésa es una conducta irrelevante para el derecho penal.”⁴³

⁴³ Díaz-Aranda, Enrique, Op. Cit., p. 180.

El Derecho es en todo caso una representación de la sociedad en que se desarrolla el individuo, como bien dice el Dr. Díaz-Aranda, en la nota que antecede.

La Teoría de la Imputación Objetiva que propone Claus Roxin tiene como fundamento el riesgo, y a partir de este concepto se construye la Teoría del Riesgo Permitido, Teoría del Incremento del Riesgo, Teoría del Riesgo Creado, Teoría del Fin de Protección de la Norma y de Günther Jakobs la Teoría de la Prohibición de Regreso. Habiendo establecido el riesgo permitido y proyectándolo al ejercicio profesional del médico, éste queda restringido a los límites del riesgo permitido por la norma, toda conducta que excede los límites, con resultado material típico es antijurídica, a menos que exista una causal de justificación, y hay culpable cuando un sujeto es vinculado con la conducta y el resultado material. El Médico por su calidad de garante tiene la obligación de evitar cualquier lesión a los bienes vida y salud, jurídicamente protegidos por el Estado.

Conclusión

Las tres tendencias teóricas que se mencionan en este capítulo evolucionaron de un concepto de conducta natural, sujeta a la voluntad, hasta la conducta social; el causalismo fue la primera de las escuelas que se ocupó de la conducta, típica, antijurídica y culpable, y la teoría de la equivalencia es el instrumento para establecer la imputación al autor, la crítica que le hicieron a esta teoría, por algunos autores fue en el sentido de ser una explicación de la imputación de un delito hasta ridícula, pues como ya se dijo arriba, la responsabilidad de los adúlteros alcanza al carpintero, a los padres de los mismos, a los padres de los padres, etc. y así hasta el infinito, lo que consideramos que no puede ser. Los elementos objetivos del tipo son percibidos por los órganos sensoriales, de ahí que el resultado material es fundamental para el causalismo, por esto se conoce a estos delitos

como de resultado. En esta metodología se separan los elementos subjetivos del delito del tipo, para integrar el principio de la culpabilidad, en donde se ubica el dolo y la culpa.

Capítulo II. Teorías funcionalistas

2.1. Teoría de la Imputación Objetiva del Resultado.

La Teoría de la Imputación Objetiva retomada por Claus Roxin en los delitos de resultado material considerados como culposos producidos por la imprudencia del autor, se deben a la violación del deber de cuidado, por rebasar los límites del riesgo permitido socialmente, que puede ser por el incremento del riesgo, la autopuesta en peligro de la víctima.

“En la determinación del deber objetivo, para constatar que en las circunstancias en las que se produce la conducta se pudo y debió actuar de otra manera, existirá tipicidad imprudente si hay peligro cierto de que se crea un riesgo no permitido. Se parte de la consideración del riesgo permitido como causa de exclusión de la imputación al tipo. Y se califica como riesgo no permitido a la actuación del sujeto cuando el peligro creado por la infracción del deber de cuidado haya supuesto un aumento del riesgo, que el legislador no considera soportable.”

El concepto de imputación se define como la relación que se establece entre una acción típica, antijurídica y culpable, y un resultado material que se carga a la cuenta de un sujeto, pero solo lo que le sea imputable. En los delitos de resultado material, el resultado debe percibirse por los sentidos, para el caso del homicidio la presencia del cadáver es primordial, en los delitos de lesiones las heridas manifiestan su existencia.⁴⁴ La imputación objetiva solo es posible por el resultado

⁴⁴ Universidad Nacional Autónoma de México, Revista de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, www.juridicas.unam.mx <http://biblio.juridicas.unam.mx> Daza Gómez, Carlos, Teoría de la imputación objetiva, pp. 45-46, disponible en:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/219/dtr/dtr3.pdf>

“Debemos analizar que la acción penalmente relevante es la realizada en el mundo exterior,

material de la acción típica, antijurídica y culpable. Uno de los requisitos es que una acción u omisión humana produce un cambio en el mundo exterior de un sujeto considerada como un delito por el Código Penal, por lo que al autor de tal acción u omisión se le atribuye la culpabilidad. En la Teoría de la Imputación Objetiva se requieren tres situaciones: a) que el comportamiento del sujeto que actúa haya creado un riesgo no permitido para el objeto de acción; b) que el riesgo se haya realizado en el resultado concreto, y c) que el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo.

Toda conducta típica es alcanzada por el tipo penal, creada por el autor y queda fuera del riesgo permitido. Por ejemplo, cuando el paciente recibe una dosis de medicamento mayor a la permitida, la conducta está fuera del riesgo permitido y crea un riesgo jurídicamente relevante que pone en peligro de lesión a los bienes jurídicos, la salud y la vida.

El principio del riesgo permitido, fundamento de la Teoría de la Imputación Objetiva de Roxin, se resume en la disminución del riesgo, creación de un riesgo jurídico penalmente relevante o no permitido (o creación de un riesgo prohibido), aumento del riesgo permitido y en la esfera de protección o ámbito de aplicación de la norma.

lo que nos lleva a inferir que la acción siempre modifica algo, produciendo un resultado. Por ello, este resultado ya no es parte integrante de la acción. Los doctrinarios confunden la acción con el resultado, las manifestaciones de la voluntad con las modificaciones que se producen en el mundo exterior a consecuencia de esa manifestación. Por ello no es igual el producir que lo producido. El legislador prevé dos tipos de resultado, el formal y el material; para los delitos de resultado material requiere además de la simple acción la producción de un resultado. Es decir, exige una relación de causalidad entre la acción y el resultado. En los delitos de resultado debe darse una relación de causalidad, una relación que permita ya en el ámbito objetivo la imputación del resultado producido al autor de la conducta que lo ha causado es, por lo tanto presupuesto mínimo para exigir una responsabilidad en los delitos de resultado.

“...El supuesto jurídico al que la doctrina penal (con Beling) le ha dado el nombre de Tipo, constituye la parte de la norma que contiene, dentro de sí (y de manera tácita), el elemento deóntico⁴⁵ (mandato o prohibición) que tanto en la dogmática de la teoría general del derecho, como en la penal, recibe el nombre de Deber Jurídico. Las órdenes jurídicas (prohibiciones o mandatos) se nos presentan en forma de prescripciones que Welzel, retomando a Binding, designa con la expresión normas... Lo que se llama deber jurídico es, pues, la restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad, concedida a otra u otras, de exigir de la primera una cierta conducta, positiva o negativa.⁴⁶”

⁴⁵ Hernández Romo, Miguel Angel, Deontología Jurídica del Dr. Miguel Villoro Toranzo, p. 71, disponible en:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/20/pr/pr8.pdf> “El fin de la Deontología Jurídica es el servicio de la justicia y el prestigio de la profesión de abogados...La Deontología Jurídica plantea y trata de dar respuesta a los problemas morales a los que se puede enfrentar el abogado, y por eso tenemos la responsabilidad de educar nuestra propia conciencia, siendo para eso necesaria la cátedra de Deontología Jurídica en las Escuelas de Derecho.” Aunque esta nota hace referencia al deber ser del abogado, la podemos extrapolar al contenido del deber ser de las normas, sean de mandato o de prohibición; cuando hablamos de deber, nos referimos al contenido moral de las normas o de las conductas de los hombres, pero únicamente al ideal, no obstante que la realidad sea muy diferente, que casi nunca coinciden, realidad e ideal. La conducta de los hombres “debe” observar las disposiciones de la norma.

⁴⁶ Anales de Derecho. Universidad de Murcia. Número 19. 2001. P. 264. La imputación objetiva en los delitos imprudentes, Beatriz Romero Flores, Becaria de investigación en Derecho Penal. “Mientras la norma de cuidado es la norma penal contenida en los tipos penales, el deber de cuidado >determina una de la formas posibles en que se debe realizar la conducta para que ésta sea correcta<. Por su parte las reglas generales de cuidado están basadas en la experiencia peligrosa para bienes jurídico-penales, cuando no existe ningún tipo de reglamentación específica.”

Disponible en:

<http://revistas.um.es/analesderecho/article/viewFile/56651/54601>

Deber Jurídico. Es la prohibición o el mandato categóricos contenidos en un tipo legal.”⁴⁷

La norma es la regulación de la conducta humana, de ningún otro ser vivo, cualquier comportamiento que se oponga a la norma, sea de mandato o prohibición, estará en su contra, por lo que se considerará una acción típica, antijurídica y culpable. La acción de un sujeto que coincide con la descripción del tipo es un delito.

“El principio de legalidad implica que las violaciones penales deben derivar de quebrantamientos normativos con rango de ley en su más estricto sentido, pues la máxima nullum crimen, nulla poena, sine lege, es la piedra de toque de un Derecho Penal garantista.

Ninguna construcción típica culposa puede prescindir de la violación al deber de cuidado, es esta figura parte de la razón de ser de la norma.”⁴⁸

⁴⁷ Alvarado Martínez, Israel, La estructura de los tipos penales y los alcances del principio constitucional de legalidad en las construcciones típicas contra el ambiente, P. 291. Disponible en:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/posder/cont/5/cnt/cnt15.pdf>

⁴⁸ Alvarado Martínez, Israel, La estructura de los tipos penales y los alcances del principio constitucional de legalidad en las construcciones típicas contra el ambiente, P. 294. Disponible en:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/posder/cont/5/cnt/cnt15.pdf>

Este autor describe un ejemplo, de una joven que manipulando una pistola que le hiere un pie y tiene que ser trasladada en ambulancia al hospital, la cual tiene un percance, razón por la cual sufre una lesión craneoencefálica, la ambulancia es cambiada y finalmente llega al hospital, en donde aún consciente expresa a un enfermero que padece diabetes, quien no lo anota en el expediente clínico, el anesthesiólogo no recibe la información y por exceso de anestésico la paciente muere. El neurocirujano ordenó el procedimiento quirúrgico del pie, después de dos horas. Por la necropsia de ley los peritos determinaron que la causa de la muerte fue por exceso de anestesia, pero que de haberse suministrado la dosis correcta para una persona de su talla, edad, sexo y complexión, hubiera muerto, de cualquier forma por su padecimiento de diabetes, o por el traumatismo craneoencefálico no atendido inmediatamente, que hubiera provocado el mismo desenlace.

Queda claro que ninguna persona que participó en ese evento actuó con dolo, sino en virtud de la violación a un deber de cuidado, sea con culpa consciente o por medio de la culpa inconsciente. Los deberes de cuidado que dejaron de observar son de distinta naturaleza.

Es en el marco de la imputación objetiva donde en los delitos culposos pasará a comprobarse si se infringió el deber de cuidado y si esa infracción constituye la realización de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.

Los diferentes autores que han tratado la imputación objetiva, suelen dividir el juicio de imputación a realizar en varias fases: creación de un riesgo; realización del riesgo en el resultado; y pertenencia del resultado al ámbito de protección de la

El neurocirujano quebrantó el deber de cuidado que se encuentra previsto en el artículo 55 de la Ley General de Salud, en donde se dice que es deber de prestar atenciones inmediatas o trasladar a una institución en la que se pueda brindar la atención debida. El citado artículo a la letra dice: “las personas o instituciones públicas que tengan conocimiento de accidentes o que alguna persona requiera de la prestación urgente de servicios de salud, cuidarán, por los medios a su alcance, que los mismos sean trasladados a los establecimientos de salud más cercanos, en los que puedan recibir atención inmediata sin perjuicio de su posterior remisión a otras instituciones.” También se le puede aplicar lo dicho en el artículo 228 del Código Penal Federal, a saber: “Los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares, serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión, en los términos siguientes y sin perjuicio de las prevenciones contenidas en la Ley General de Salud o en otras normas sobre ejercicio profesional, en su caso:

- I. Además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, según sean dolosos o culposos, se les aplicará suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia; y
- II. Estarán obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus auxiliares, cuando éstos obren de acuerdo con las instrucciones de aquéllos.”

El anestesiólogo violentó el deber de cuidado al omitir en el expediente clínico el padecimiento de diabetes de la paciente. Deber de cuidado que encontramos en la Norma Oficial Mexicana NOM-004-SSA3-2012, aquí se expresa que es deber del personal de salud de asentar en un expediente médico la información del paciente, además de los registros, anotaciones y certificaciones correspondientes a su intervención para elaborar el expediente clínico. **“4.4 Expediente clínico**, al conjunto único de información y datos personales de un paciente, que se integra dentro de todo tipo de establecimiento para la atención médica, ya sea público, social o privado, el cual, consta de documentos escritos, gráficos, imagenológicos, electrónicos, magnéticos, electromagnéticos, ópticos, magneto-ópticos y de cualquier otra índole, en los cuales, el personal de salud deberá hacer los registros, anotaciones, en su caso, constancias y certificaciones correspondientes a su intervención en la atención médica del paciente, con apego a las disposiciones jurídicas aplicables.”

norma penal. En la determinación de si esa lesión es la realización de la conducta imprudente se darán los casos de riesgos concurrentes o concausas. Pero antes, en sede de delitos imprudentes, habrá que dilucidar la cuestión de la lesión del deber objetivo de cuidado. La imprudencia se define no solo por la falta de cuidado del deber, sino por la ausencia de la previsibilidad, y en su calidad de garante, el médico, tiene la responsabilidad de evitar el resultado material que dañe el bien jurídico tutelado.⁴⁹

⁴⁹ Daza Gómez, Carlos, Teoría General del Delito, Sistema finalista y funcionalista, Flores Editores y Distribuidor, México, Quinta edición, 2006. Este autor hace referencia a las Teorías del Incremento del Riesgo y Teoría del Fin de Protección de la Norma, en los siguientes términos generales de la Teoría de la Imputación Objetiva: “La imputación del tipo objetivo sólo es un problema de la parte general cuando el tipo requiere un resultado en el mundo exterior separado en el tiempo y espacio de la acción del autor. En los delitos de mera actividad, como el allanamiento de morada, la imputación objetiva del tipo se agota en la subsunción en los elementos del tipo respectivo que hay que tratar en la parte especial. En cambio, continúa exponiendo Roxin, en los delitos de resultado hay que decidir conforme a reglas generales si la lesión del objeto de la acción se le puede imputar como obra suya al inculpado. Por su parte Jakobs considera que la imputación establece a qué persona ha de castigarse para la estabilización de la norma. Continúa explicando, ha de castigarse al sujeto que se ha comportado de contrariedad a la norma y culpablemente. La teoría de imputación desarrolla los conceptos que se han empleado: comportamiento del sujeto, infracción de la norma y culpabilidad...Sostenemos y compartimos plenamente, la opinión de nuestro maestro Cerezo Mir, al aceptar dos criterios de imputación objetiva: **Incremento del Riesgo y Fin de Protección de la Norma**, sin dejar de señalar que debe definirse lo que es: Riesgo y Peligro; ¿qué parámetros debemos de tomar para determinar en qué momento hay incremento del riesgo?, por último, ¿por qué en algunos casos basta y sobra con la probabilidad del riesgo y en otros supuestos debe acreditarse el riesgo? Como puede notarse no se ha dicho todo sobre esta teoría, que se encuentra en pleno auge; pero una cosa es cierta, la teoría del nexo causal representada por la teoría de la equivalencia de las condiciones resulta actualmente insuficiente para acreditar el nexo causal entre la acción y el resultado. Por ello, es conveniente hacer un análisis de las diversas teorías del nexo causal.”

El médico tiene deberes objetivos de cuidado integrados en leyes, reglamentos, normas oficiales, circulares, etc., y por causa de no limitarse a las disposiciones normativas, guías clínicas y literatura especializada, adquiere obligaciones penales, civiles, administrativas, e incluso laborales, por lo que se le puede privar de su libertad, obligar a pagar daños y perjuicios, amonestaciones o suspensiones temporales o definitivas, y puede perder el trabajo. Por su calidad de garante, responsabilidad de evitar, agrava su situación, por lo que no es posible que los delitos culposos cometidos por personal de salud, sean solucionados por la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED), el ambiente de corrupción y la invasión de las facultades de un órgano de la administración pública como es la CONAMED, en la esfera del Poder Judicial, justifican el argumento de rectificar las disposiciones actuales con respecto al órgano que atiende la solución de las controversias a través de la mediación, la conciliación y el arbitraje, cuando que se trata de controversias que deben resolverse por la vía penal, debido a que se trata de conductas típicas. Por todo lo anterior manifestamos que la denuncia debe presentarse ante el Ministerio Público, sin dar la opción a la víctima de acudir a la instancia administrativa ya citada. Es conveniente entonces que el pago de daños y perjuicios sea reclamado por vía penal en todos los casos y que no quede como la posibilidad de que la víctima lo solicite como un incidente y que en caso de que el Ministerio Público no lo incluya como parte de la reclamación, éste sea sancionado al faltar a una obligación. Es conveniente recordar que la lesión de la salud de los pacientes es un bien jurídico tutelado, de interés público, es un delito que debe perseguirse de oficio, e imputar penalmente en todos los casos al profesional que por descuido ha violado el deber de cuidado, y su calidad de garante, aplicando la Teoría de la Imputación Objetiva del resultado.

Después de analizar los principios de la Teoría de la Imputación Objetiva, se unifican los delitos dolosos y los culposos, derivados éstos últimos de la violación del deber de cuidado, que se especifica en cada acto médico, la administración equivocada de medicamentos, un diagnóstico erróneo, un procedimiento quirúrgico equivocado, descuidos que lesionan al bien jurídico. Esta es otra razón más para considerar apropiado que el médico negligente tenga que ser juzgado y condenado por la ley penal.

“De acuerdo con una visión correcta, debe decirse que un resultado podrá serle objetivamente imputable a un individuo cuando él haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado y ese riesgo se haya realizado en un resultado, de manera que la imputación objetiva posee dos elementos, que son: el de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y el de la realización de dicho riesgo en el resultado, entendiendo este último no en sentido puramente naturalístico, sino como quebrantamiento de normas.

En los delitos de resultado “debe existir entre acción y resultado una relación de causalidad, una relación que nos permita, ya en el ámbito objetivo, la imputación del resultado producido al autor de la conducta que lo ha causado. La Teoría de la Imputación Objetiva se propone reemplazar a la Teoría del Nexo Causal con bases jurídicas y no naturales”. La Teoría de la Imputación Objetiva, consideramos es de gran utilidad para solucionar el problema del nexo causal.

La comprobación de la relación de imputación objetiva requiere que la acción haya creado un peligro no permitido; y el resultado producido sea la realización de ese peligro.

La acción de conducir un vehículo de motor es un riesgo permitido; sin embargo, si el autor produce un resultado de lesiones corporales a otro sin haber transgredido los reglamentos, es decir, se mantiene

dentro de los límites del peligro permitido, el resultado no le será imputado.”⁵⁰

Los antecedentes doctrinarios de la Teoría de la Imputación Objetiva del Resultado los encontramos en el filósofo alemán *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, quien sentó a comienzos del siglo XIX el principio fundamental de que sólo puede llamarse imputación en sentido estricto a aquello que en una conducta puede ser reconocido como propia del autor. Para su determinación propuso distinguir entre dos clases diversas de consecuencias que una conducta genera, pues mientras algunas de ellas son parte de la configuración misma de la acción, a ella le pertenecen, son su alma y sin ella nada representan, existen otras consecuencias que no le pertenecen a la conducta, sino a la modificación que en el mundo exterior ha causado el comportamiento; por consiguiente, solo las consecuencias que pertenecen a la conducta del autor, como modificación del mundo exterior, pueden ser imputadas, mientras las consecuencias que se derivan no de la conducta del autor, sino de la ya producida modificación en el mundo exterior, no me deben ser imputadas. Aquí finca el aporte hegeliano al derecho penal: el principio de que a una persona sólo le puede ser imputado aquello que constituya su obra y no aquello que sea resultado de la simple casualidad, de la mala suerte o del destino. Actualmente se afirma que el propósito de la imputación objetiva es determinar con precisión cuándo la lesión a un bien jurídico debe ser considerada como la obra de determinado sujeto y cuándo dicha afectación es solamente el producto de la simple casualidad. Partiendo

⁵⁰ Daza Gómez, Carlos, *Teoría General del Delito, Sistema finalista y funcionalista*, Flores Editores y Distribuidor, México, Quinta edición, 2006, pp. 95-96.

de esta idea, aquélla determinación debe llevarse a cabo comprobando si lo sucedido constituye una acción del sujeto, lo que sólo será el caso si el hecho puede entenderse como realización de su voluntad.⁵¹

“Las investigaciones que Honig dedicó a ese fin le hicieron enlazar con Larenz, arribando a la conclusión de que la conducta humana causante del resultado sólo es relevante jurídicamente si se la puede concebir como dispuesta finalmente con respecto a la producción o evitación del resultado. En consecuencia, sólo con la finalidad objetiva que se debe añadir a la causalidad hay base suficiente para considerar significativa jurídicamente a la conducta humana. O, dicho en su formulación más breve: imputable es... aquel resultado que se puede concebir como dispuesto finalmente.”⁵²

“Roxin retomará esta idea, reduciendo la posibilidad objetiva de pretender al principio del riesgo, para elaborar para los delitos de resultado una teoría general de la imputación completamente desligada del dogma causal cuestión que emprende inmediatamente en el mismo artículo que escribió en homenaje a Honig, mediante los criterios de: a) la disminución del riesgo; b) creación o no creación de un riesgo jurídicamente relevante; c) aumento o falta de aumento del riesgo permitido; y d) la esfera de protección de la norma como criterio de imputación.”⁵³

“Claus Roxin desarrolla la teoría de la imputación desligada del dogma causal retomando los postulados de Honig en la contribución a su homenaje titulada Reflexiones sobre la problemática de la

⁵¹ Dal Dosso, Darío Alberto, Teoría de la Imputación Objetiva, Investigación para la evaluación final correspondiente a la VI Edición del Master propio en Derecho Penal Universidad de Sevilla, octubre/noviembre 2011, Universidad de Mendoza, República de Argentina, p. 4.

⁵² Dal Dosso, Darío Alberto, op. Cit. p. 6

⁵³ Dal Dosso, Darío Alberto, op. Cit., p. 7. Nota al pie de página.

imputación en el derecho penal. En efecto, retomando las líneas directrices sentadas por su antecesor, relativas a la posibilidad objetiva de pretender, formuló su construcción al reducir aquella al posteriormente denominado principio del riesgo, y así recibimos la Teoría de la Imputación Objetiva en la actualidad, por la vertiente de Roxin, siendo conveniente profundizar su desarrollo cuando me ocupe en específico de su sistema.

Sin perjuicio de esa remisión, corresponde a este punto mencionar que el sistema de Roxin procede del resultado de sucesivas investigaciones a partir de la década del 60. Véase que en 1962 publicó su Contribución a la crítica de la Teoría Final de la Acción punto de partida ineludible para comprender su construcción y en otro trabajo de gran importancia titulado Infracción al Deber y Resultado en los Delitos Imprudentes resolvió el problema de las llamadas conductas alternativas conforme a derecho sobre la base del principio de incremento del riesgo. Más tarde, en el homenaje a Richard Honig expuso su trabajo denominado Reflexiones sobre la Problemática de la Imputación en el Derecho Penal, sentando las bases del sistema de imputación, estudio complementado en 1973 con un trabajo titulado El Fin de Protección de la Norma en los Delitos Imprudentes publicado en el libro homenaje a Wilhelm Gallas. En 1989 la monografía Finalidad e Imputación Objetiva se ocupa de las relaciones existentes entre imputación y finalidad, publicado en la obra homenaje a Armin Kaufmann; y finalmente sintetiza el sistema de imputación al tipo objetivo en el monumental Derecho Penal, Parte General.”⁵⁴

⁵⁴ Dal Dosso, Darío Alberto, op. Cit., p. 8

2.1.1. Teoría del riesgo creado.

RIESGO CREADO, TEORIA DEL. La teoría del riesgo creado fue elevada a la categoría de ley en el artículo 1913 del Código Civil del D. F., que dispone: "Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan, o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que causen aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima. "Por tal razón, quien instala maquinaria que, por las vibraciones que produce al funcionar, cause daños en propiedad de tercero, está obligado a reparar ese daño aun cuando en la instalación se haya sujetado estrictamente a los reglamentos gubernamentales respectivos, porque dicho artículo no excluye el caso de quien, al causar el daño, obre en el ejercicio de un derecho, y sólo releva de esa obligación a quien justifique que el daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima. Amparo directo 964/36. Supermalla, S. A. 3 de abril de 1938. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.⁵⁵

2.1.2. Teoría del incremento del riesgo.

"Riesgo. I. Se dice del peligro o contingencia de que se produzca un daño...El antiguo derecho español precisaba que según el derecho

⁵⁵ 817182. Tercera Sala. Quinta Época. Informes. Informe 1938, Pág. 62.

natural, debe sufrir el riesgo de la cosa el que tiene el provecho de ella.”⁵⁶

El tipo de delito de homicidio que nos interesa es el producido por la imprudencia del personal médico, la conducta imprudente sale de los límites de riesgo señalados por la norma, para entender esto es necesario considerar que en la norma se describen las conductas de riesgo que permite la sociedad, como la posibilidad de obtener el beneficio de un bien jurídico mayor sobre uno menor, como es el de la salud restablecida por la cirugía que causa lesiones corporales; el consentimiento de la paciente al aceptar el aborto por estar en peligro su propia vida, sin embargo, los procedimientos para llevar a cabo la intervención del médico es necesario que éste siga con precisión lo establecido en la norma, al abandonar los límites de protección que le brinda la norma, al realizar maniobras de mucho riesgo con el fin de salvarle la vida, pero, si al final ésta muere, se le procesará por homicidio culposo, cuando sus actos estén fuera del alcance del riesgo permitido, debido a que conocía el riesgo de muerte para la paciente, sin embargo, continuó con la esperanza de que el resultado mortal no se presentara, no hay dolo porque su intención es preservarle la vida, pero, si culpa por la imprudencia cometida al violentar el deber de cuidado y salir de los límites de protección de la norma. La agravante es la calidad de garante del cirujano, su responsabilidad es cuidar por la salud de su paciente, evitar y no provocar la lesión al bien jurídico, no provocarle la muerte.⁵⁷ Al considerar que de cualquier manera la

⁵⁶ Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, P-Z, Edición histórica, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2009, p. 3396

⁵⁷ La calidad de garante es deber de un profesional de la salud de cuidar la salud del paciente, la norma señala con precisión los límites de los riesgos permitidos por la sociedad, lo que quiere decir que el médico que ajuste su acción a lo que expresa la ley, estará dentro de lo legal; cuando el paciente que resulte lesionado o muera a consecuencia de la infección de las heridas de una cirugía por la utilización de instrumental sin esterilizar será responsable,

paciente hubiera muerto uno o dos días después aún si hubiera resultado exitosa la maniobra se imputaría el delito de homicidio por imprudencia.

“En los delitos de acción la teoría de la imputación objetiva exige:

- a) La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, y
- b) Que se realice en el resultado

Los dos aspectos de la fórmula citada (creación de un determinado riesgo y realización del mismo en el resultado) tienen distinto significado dogmático.

aunque el procedimiento se haya llevado a cabo según la *lex artis*, o de la norma, la responsabilidad para el personal encargado de la desinfección del instrumental, y para el médico será por homicidio imprudencial, por el contrario si realiza la cirugía a sabiendas que no se esterilizó el instrumental, al paciente y se le infectan las heridas con el resultado mortal, entonces se le imputará el resultado por homicidio doloso, si el cirujano espera que el resultado no se presente, es decir, que no se le infecten las heridas estará en los límites de la negligencia. “En ese sentido, aquellas actividades que logren superar los límites impuestos por el propio uso social y por las ventajas que ofrecen, al no estar abarcadas por la configuración social tolerada, comportará un **riesgo jurídicamente relevante, jurídicamente desaprobado o típicamente relevante**. De este modo, lo socialmente adecuado a través del denominado riesgo permitido queda en buena cuenta legitimado no tanto por el Derecho como por la propia configuración de la sociedad, en atención a las posiciones jurídicas de las personas que la conforman.” Para los profesionales de la salud la norma es su deber de cuidado. Gaceta Penal & Procesal Penal, Medina Frisancho, José Luis, La Teoría de la Imputación Objetiva en el sistema funcional del derecho penal, tomo 14, agosto-2010, pp. 55-76.

Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20110307_01.pdf

Eugenio Raúl Zaffaroni, en su manual de derecho penal, parte general, citado en la Revista de Posgrado en Derecho de la UNAM, Col. 2, núm. 3, 2006, pp. 263-264 “La omisión y el resultado material se ligan entre sí, no por la causalidad, sino por la posición de garantía en que se encuentra colocado el autor para la salvaguarda del bien. Es una relación de índole normativa y no de orden natural. El resultado material se asocia a la inactividad del garante por el deber que éste tenía de evitarlo; es decir, al garante se le atribuye la autoría en la producción del resultado, no porque lo haya causado, sino por no haberlo evitado.

Por tanto, el nexo normativo puede definirse como la relación jurídica que atribuye el resultado material a la inactividad del sujeto activo señalado en el tipo como garante de la evitación de ese resultado.”

El primero afecta la imputación de la conducta a la parte objetiva del tipo; el segundo se refiere a la imputación del resultado. La creación del riesgo ha de verse, pues, como presupuesto del desvalor intersubjetivo de la conducta, mientras que la realización de la causalidad, condicionan el desvalor del resultado. La creación del riesgo es presupuesto de la infracción de la norma primaria, en tanto que la realización en el resultado es presupuesto de la aplicación de la norma secundaria, que impone la pena.

En conclusión, la imputación objetiva de la conducta está compuesta por la disminución del riesgo y la ausencia de un determinado grado de riesgo, el ejemplo sería: quien desvía el golpe dirigido a la cabeza de la víctima con peligro para su vida, y logra que dé en su hombro.⁵⁸

⁵⁸ Roxin, Claus, Derecho Penal, Parte General, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pp. 365-366. “Ya de entrada falta una creación de riesgo y con ello la posibilidad de imputación si el autor modifica un curso causal de tal manera que aminora o disminuye el peligro ya existente para la víctima, y por tanto mejora la situación del objeto de la acción. Quien ve cómo una piedra vuela peligrosamente hacia la cabeza de otro y, aunque no la puede neutralizar, sí logra desviarla a una parte del cuerpo para la que es menos peligrosa, a pesar de su causalidad no comete unas lesiones, al igual que tampoco las comete el médico que con sus medidas sólo puede aplazar la inevitable muerte del paciente (nm. 17). Casos de este tipo, que no son raros, tampoco se pueden solucionar con la teoría de la adecuación (nm. 31-34), ya que el curso causal que modifica el resultado es totalmente previsible para el autor, y a menudo incluso pretendido por él. Y sin embargo ha de excluirse la imputación del resultado, porque sería absurdo prohibir acciones que no empeoran, sino que mejoran el estado del bien jurídico protegido. Es cierto que según la doctrina tradicional se podría solucionar los casos de disminución o aminoración del riesgo desde el punto de vista de la antijuridicidad, aceptando un estado de necesidad justificante. Pero eso presupondría que se empezara por considerar la aminoración del riesgo como lesión del bien jurídico típica de un delito; y eso es precisamente lo que falta. Y efectivamente, la exclusión de la imputación en caso de aminoración del riesgo se ha impuesto rápidamente.

Ciertamente la situación es distinta en caso de que alguien no debilite un peligro ya existente, sino que lo sustituya por otro, cuya realización en definitiva es menos dañosa para el sujeto que lo que hubiera sido el peligro inicial. Así si por ejemplo alguien tira a un niño por la ventana de una casa que sufre un incendio y con ello le causa considerables lesiones, pero de esa manera le salva de la muerte entre las llamas; o si alguien encierra a otro, sin

También existe la ausencia de un determinado grado de riesgo que es el supuesto en que no existe un riesgo cuantitativamente suficiente (riesgo insignificante).⁵⁹

Si la acción del autor produce la disminución del riesgo, como se ha mencionado en los ejemplos de la piedra que dirigida a la cabeza de una persona, pero por el empujón que recibe del autor, el proyectil golpea el hombro, produciendo lesiones menos graves, hay disminución del riesgo, pues si la piedra hubiera golpeado la cabeza posiblemente la víctima moriría, habiendo golpeado el hombro la lesión no es mortal con seguridad.

En la posición de la calidad de garante del médico,⁶⁰ la disminución del riesgo es el evitar el resultado fatal, así como ya expresamos en el

poder explicarle que es porque, tal como están las cosas, no hay otro medio para “quitarle de en medio” y preservarle así de un secuestro. Aquí el autor realiza acciones típicas de un delito, que le son imputables como realización del tipo, pero puede estar justificado por consentimiento presunto o por el estado de necesidad. Naturalmente, en el caso concreto puede ser difícil la delimitación entre la disminución de uno y el mismo peligro y su canje por otro; pero el principio de distinción no se pone por ello en tela de juicio, ya que esa dificultad coincide con el problema, que se encuentra en todas partes, de delimitar tipo (clase) delictivo y excepción, tipo y antijuridicidad.”

⁵⁹ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Biblioteca Jurídica Virtual, Daza Gómez, Carlos, Teoría de la imputación objetiva, P. 47 Disponible en:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/219/dtr/dtr3.pdf>

⁶⁰ En el artículo 7º, segundo párrafo, del Código Penal Federal se encuentran previstas las fuentes de la calidad de garante, que a la letra dice:

“Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.”

En el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 16 encontramos lo equivalente al 7º del Código Penal Federal, en los siguientes términos: “(omisión impropia o comisión por omisión). En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si:

caso del instrumental sin desinfectar tiene la responsabilidad de verificar que lo esté, pero, al no cumplir con su cometido, en lugar de disminuir el riesgo lo incrementa, por lo que se le imputará el resultado por no haber cumplido con su calidad de garante. Proponemos que al médico se le denuncie ante el Ministerio Público, sin la intermediación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED), organización que invade la esfera del Poder Judicial en los delitos del orden criminal, y el delito de homicidio culposo, entiéndase por negligencia, imprudencia, impericia, por error, o por exceso de confianza, está incluido en el Código Penal Federal, en el artículo 60 párrafo segundo se enlistan los artículos y los delitos simples que admiten culpa, tal es el caso del homicidio simple ubicado en el artículo 302. La CONAMED tiene facultades para mediar, conciliar y arbitrar, pero, desde nuestro punto de vista, en las acciones consideradas por el Código Penal Federal, como delitos no existe razón para evitar de cualquier forma que quien presente acciones u omisiones no sea castigado mediante un juicio y con la legislación penal vigente. Por otra parte los funcionarios de la CONAMED han dado muestras de terrible corrupción, y finalmente es una institución que pertenece a la administración pública, esto es al Poder Ejecutivo, al que le corresponde ejecutar las disposiciones de la ley, no su aplicación, facultad del Poder Judicial.

-
- I. Es garante del bien jurídico;
 - II. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y
 - III. Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.

Es garante del bien jurídico el que:

- a) Aceptó efectivamente su custodia;
- b) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;
- c) Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico; o
- d) Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo.”

En el segundo párrafo del artículo 9º del Código Penal Federal se define la culpa de la siguiente forma: “Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.”

En el ejercicio profesional del médico las lesiones a los bienes jurídicos tutelados, salud y vida, que van de las lesiones corporales hasta la muerte del paciente, por comportamientos con resultados materiales típicos, que el autor no prevé, esto es sin representación, pudiendo hacerlo; si el sujeto se los ha representado tiene conciencia del resultado, no obstante continúa su acción con la esperanza de que no se presente y por último, el quebrantamiento del deber de cuidado que por su calidad de garante tiene la obligación de no provocar y evitar el daño al bien jurídico.

“Esta teoría del incremento del riesgo fundada por mí ha encontrado un creciente número de adeptos en la doctrina. A otra conclusión llegan en cambio la jurisprudencia y una parte de la doctrina. El BGH (Tribunal Supremo Federal alemán) dice (BGHSt 11, 1) (Sentencias del Tribunal Supremo Federal en materia federal) Sólo se puede aceptar que una conducta infractora de las reglas de tráfico es causal respecto de un resultado dañoso si es seguro que con una conducta correcta en el tráfico no se habría producido el resultado. En caso contrario, se argumenta también en la doctrina, no es seguro que se haya realizado el peligro no permitido y en virtud del principio *in dubio pro reo* el autor debe ser absuelto. Esto es incorrecto, ya que no es lícito dividir un riesgo en una parte permitida y otra no permitida y averiguar separadamente para cada una la realización del peligro. Si el autor rebasa el riesgo permitido y con ello sigue incrementando el riesgo que precisamente aún era tolerable, crea un riesgo en conjunto sencillamente prohibido. Y ese riesgo

prohibido en su totalidad también se realiza si se produce el resultado; de ello no cabe la menor duda, por lo que no hay campo de aplicación para el principio *in dubio pro reo*.”⁶¹

El riesgo permitido es la conducta del médico que le permite lesionar el cuerpo del paciente con fines terapéuticos en un procedimiento quirúrgico, sin embargo, si el autor por su conducta produce el resultado típico, antijurídico y culpable, es imputable. El comportamiento imprudente tiene que haber creado un riesgo mayor que el permitido, incrementando la probabilidad de producción del resultado material. Si la conducta alternativa correcta adecuada a derecho, por comparación con el resultado típico de la conducta imprudente, produce el mismo resultado, no le sería imputable al autor, no se configura el delito.

“Así por ejemplo si en una operación arriesgada pero médicamente indicada el cirujano provoca la muerte del paciente por burdos errores técnicos, según la opinión contraria tendría que quedar impune porque, aunque se hubiera llevado a cabo una operación *lege artis*,⁶² tampoco se podría excluir la posibilidad de un desenlace mortal. Y eso significaría renunciar a toda exigencia de cuidado precisamente en los supuestos en que se requiere un cuidado especialmente grande.”⁶³

El deber objetivo de cuidado del profesional de la salud se define en cada uno de sus actos de su quehacer cotidiano, en la consulta, en la prescripción de medicamentos, en el diagnóstico, en la cirugía, en la orden de estudios de laboratorio y de gabinete, en el consentimiento

⁶¹ Roxin, Claus, Derecho Penal, Parte General, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 380.

⁶² Expresión latina que significa "según las reglas del arte".

⁶³ Roxin, Claus, Derecho Penal, Parte General, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 381.

informado, de su precisión depende que el paciente restablezca o no su salud, cuando esto es posible.

Un error en el diagnóstico conduce a un tratamiento inadecuado, que resultaría en la lesión del bien jurídico tutelado, es la violación del deber de cuidado, es el incremento del riesgo, que sale de los límites permitidos por la norma, con el resultado material típico, antijurídico y culpable. La conducta del profesional de salud que no se apega a las guías clínicas, a la norma, o a la literatura especializada y tiene un resultado material es considerada como delictuosa cuando está descrita en el tipo penal. El error de tipo se produce cuando hay confusión inevitable de la realidad, por ejemplo, el error en el diagnóstico de una enfermedad por otra, cuando los síntomas son semejantes y el médico prescribe medicamentos para la que no es con resultados lesivos al bien.

Pongamos el ejemplo de la trombosis venosa profunda (TVP) que por sus síntomas puede ser confundida con la celulitis, tromboflebitis superficial, hematoma muscular, esguince, edema de estasis, artritis y linfedema, por lo que se recomienda un diagnóstico diferencial, con el fin de aplicar el tratamiento correcto. Los estudios de laboratorio y de gabinete complementarios son muy importantes y diferentes en cada una de ellas.⁶⁴

El tratamiento para la Trombosis Venosa Profunda es la anticoagulación temporal o definitiva, según si el paciente sea recurrente o no.

El estudio de gabinete recomendado para confirmar el diagnóstico de la TVP es la ecografía Doppler que produce una imagen computarizada que mide la velocidad del movimiento de la circulación sanguínea, el tratamiento es con fármacos anticoagulantes o antiagregantes

⁶⁴ Rubén Villa Estébanez (Médico de Familia. EAP Grado. Asturias) y Óscar Veiras del Río (Médico de Familia. Área IV SESPA. Asturias.), Los principales problemas de salud (Trombosis Venosa Profunda), AMF 2009;5(1):11-20. Disponible en: http://amf-semfyc.com/upload_articles_pdf/Trombosis_venosa_profunda.pdf

plaquetarios. La celulitis infecciosa es tratada con antibióticos.⁶⁵ Como podemos observar el error en el diagnóstico incrementa el riesgo permitido con resultados materiales, en ocasiones, mortales. La extirpación o amputación de un órgano o miembro equivocado, por ejemplo, el ojo izquierdo en lugar del derecho, de la pierna derecha en lugar de la izquierda, de un paciente produce lesiones a los bienes jurídicos imputables al médico que realizó el procedimiento quirúrgico. La responsabilidad que adquiere el profesional de la salud por el incremento del riesgo permitido, y materializarlo en la lesión, es el pago de daños y perjuicios, por la vía civil, pero, como afectó un bien jurídico de interés público lo alcanza la ley penal, que es independiente del daño a un particular, por lo que nosotros consideramos pertinente el proceso penal, sin intermediación de alguna autoridad de la administración pública, como sería la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED).

En su calidad de garante, el médico, no cumple con su deber de cuidado y lo violenta al no evitar el daño, por su negligencia en elaborar un diagnóstico erróneo.

“El riesgo creado es un concepto que se valora en el ámbito de la actividad del sujeto activo; el sujeto crea con su actuación un riesgo de daño en su propia esfera jurídica, o bien, sobre la esfera de los demás, al mismo tiempo, adquiere la obligación de implementar las medidas que eviten la producción de ese daño, en caso contrario, su conducta tendrá consecuencias en el ámbito jurídico. Por otra parte, el riesgo permitido, representa un margen de permisión de riesgo sobre la conducta del sujeto, este margen no debe ser rebasado por el individuo en su actuación, por lo que es un concepto que debe ser valorado por el sujeto activo al momento de desplegar cualquier actividad en un

⁶⁵ Rev Chil Infect (2003); 20 (2): 104-110, Infectología Práctica, Celulitis y erisipela: Manejo en atención primaria, Alberto Fica C. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rci/v20n2/art04.pdf>

contexto social. Como se ve, ambos conceptos se encuentran íntimamente vinculados y requieren necesariamente una valoración por parte del sujeto activo. Actualmente, y en un esfuerzo por delimitar esta fuente de la calidad de garante, se recurre a la complementación del concepto de actuar precedente con la aplicación de la teoría de la imputación objetiva, formulada por Günther Jakobs, precisándose que se requiere fundar el actuar precedente en la generación de un riesgo objetivo por parte del sujeto activo.”⁶⁶

“También en la jurisprudencia del BGH se encubre frecuentemente con otras fundamentaciones que el punto de vista en que se basa la imputación radica en el incremento del riesgo. Así, en el caso del dentista (BGHSt 21, 59; nm. 68) ocurría que consultando a un internista se hubiera evitado probablemente, aunque no con seguridad, la muerte de la paciente. Ese punto de vista habría sido base suficiente para condenar al dentista por homicidio imprudente. Y cabe sospechar que la única razón por la que el tribunal de instancia recurrió a una argumentación no amparada en el fin de protección de la norma de cuidado y por ello errónea es porque le estaba vedada la única fundamentación correcta de la imputación del resultado con la ayuda de la idea del incremento del riesgo. Al similar ocurre en el caso de la peritonitis, en el que un diagnóstico equivocado provocó la omisión de una operación que hubiera salvado la vida. Cuando el BGH dice en este caso (loc. cit., 219): En caso de intervención quirúrgica...la paciente habría sobrevivido un día más con una probabilidad rayana en la seguridad, y habría existido una elevada probabilidad de total supervivencia, con esa –discutible- atención a la prolongación de la vida por un día apenas se encubre el punto de vista, más importante y por cierto también para el BGH, de que con una actuación médica

⁶⁶ Revista de Posgrado en Derecho de la UNAM, Col. 2, núm. 3, 2006, pp. 269-270

correcta hubieran aumentado sustancialmente las posibilidades de total supervivencia.”⁶⁷

El riesgo prohibido es el riesgo que el fin de protección de la norma quiere evitar, el riesgo permitido son las acciones peligrosas o lesivas socialmente necesarias que representan beneficio para la sociedad, como por ejemplo la cirugía, prescripción y aplicación de medicamentos o utilización de aparatos médicos.

“Y así BGH JR 1979, 429, condenó por homicidio imprudente a un médico que dentro de una terapia de deshabitación le había prescrito a un paciente una droga, con la que éste se provocó la muerte inyectándose una sobredosis. Es posible que la sentencia fuera correcta en el resultado, porque todo indica que el consumidor, drogodependiente era inimputable y por tanto no podía tomar una decisión responsable. Pero si se le da por supuesta la capacidad de decisión, como hizo el BGH, entonces la cualidad de médico de quien prescribió la droga no puede conducir a imputarle la muerte del consumidor, pues el médico tiene que proteger al paciente de enfermedades, pero no de autodaños. El que un paciente se dañe a sí mismo abusando de los medicamentos que se le han prescrito (aunque sea un narcótico), no se puede excluir prácticamente nunca; y si el médico tuviera que responder penalmente por ello, siempre estaría ya con un pie en la cárcel.”

En México en el artículo 1913 del Código Civil Federal se menciona que cuando una persona utiliza sustancias peligrosas por sí mismas está obligada a responder por los daños que cause aunque obre lícitamente, es decir, como el caso de los médicos que tienen la autorización de prescribir fármacos, incluidas ciertas sustancias adictivas que lesionarían la salud del paciente, a no ser que demuestre

⁶⁷ Roxin, Claus, Derecho Penal, Parte General, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pp. 383-384.

que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

El comportamiento del médico que incrementa el riesgo permitido, materializado en el resultado se le puede imputar como un delito culposo, siempre que haya sido producto de un error vencible, que haya previsto, pero que continuó con la esperanza de que el resultado típico no se presentara.

2.1.3. Teoría del Fin de Protección de la Norma.

El fin de protección de la norma es determinante para la imputación de un comportamiento que produce un cambio en el mundo exterior del sujeto, si la norma se refiere a la protección de un bien, por ejemplo, el de salud, el médico tiene la obligación de responder por lesiones u homicidio cuando los procedimientos no se sujetan a la *lex artis ad hoc*, entendida esta como el comportamiento apegado a las guías clínicas, a las normas y a la literatura médica especializada. En el caso de que el médico haya practicado una cirugía que pone en riesgo de muerte al paciente, apegada a las disposiciones normativas con el consecuente restablecimiento del paciente que sana de sus heridas sin complicaciones, así como de su padecimiento, pero que al recibir la noticia de la muerte de un familiar muy querido, éste muere por la tensión emocional que esto le ocasiona, no produce ninguna obligación con los ofendidos, pues es claro que el fin de protección de la norma es la salud por procedimientos quirúrgicos y prescripción y aplicación de medicamentos, y no la estabilidad emocional del paciente.

Naturalmente que no se discute que el personal de salud que hizo el diagnóstico, el procedimiento quirúrgico o la prescripción de medicamentos no responde por los daños materiales que han causado, cuando los resultados materiales son típicos, antijurídicos y culpables,

que dañan el bien jurídico tutelado por comportamientos que han incrementado el riesgo; lo que se discute es si deben responder, además, como autores de delitos de peligro, por los riesgos de infarto que esos resultados han provocado en otras personas.

Si todos los delitos de peligro para la vida o la salud tipificados en el Código Penal Federal⁶⁸ tienen como denominador común que son aptos para generar riesgos físicos para la vida y la salud considerados como bienes jurídicos, ello sólo puede obedecer a que era precisamente en esa clase de riesgos físicos en los que pensaba el legislador cuando fueron creados y no en los riesgos primariamente anímicos a los que, en una cantidad despreciable de supuestos, también pueden dar lugar, por lo que estos últimos quedan fuera del ámbito de protección de la norma. Y si ello es así, si los numerosos delitos de peligro para la vida y para la salud contemplados en el Código Penal Federal encuentran su explicación en la característica común de que suponen una amenaza psicotraumática para esos dos bienes jurídicos –porque todos ellos son aptos para desencadenar tal amenaza y porque otras conductas que podrían originar vivencias angustiosas de la misma intensidad anímica que esos delitos de peligro

⁶⁸ En el Código Penal Federal, el Título Decimonoveno Delitos Contra la Vida y la Integridad Corporal se integra por los artículos del 288 al 343 quáter, en donde se incluyen los delitos de lesiones y homicidio, específicamente el 302 que se refiere al homicidio y que en nuestro Código Penal Federal, según el artículo 60, se admite como delito culposo, en el primer párrafo dice: “En los casos de delitos culposos se impondrá hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquéllos para los que la ley señale una pena específica. Además, se impondrá, en su caso, suspensión hasta de tres años de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso. (Reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de diciembre de 2013) Hacemos énfasis en el artículo 302 porque es el objetivo de nuestra investigación, el cual a letra dice “Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro.” No sólo se pone en riesgo la vida de otro, sino que se le puede quitar, por acciones dolosas o culposas, aquí las acciones que nos interesan son las imprudentes que comete el profesional de la salud, o sea los médicos generales o de cualquier especialidad, que al no seguir el deber de cuidado matan al paciente.

no han sido recogidos como tales por la ley penal—, ello sólo puede querer decir que quedan al margen de esos tipos de riesgos para la vida o para la salud, derivados, no de un riesgo reconducible a una incidencia fisicotraumática, sino a otra de carácter primariamente anímico, por lo que hay que concluir que en el delito de peligro, por ejemplo, en el procedimiento quirúrgico sin la experiencia o conocimientos necesarios o en la prescripción imprudente de medicamentos, sólo es típico el riesgo de morir o de resultar lesionado a consecuencia de mala praxis médica, por error de tipo o de prohibición y no a consecuencia del impacto primariamente anímico que puede causar, en el paciente o familiares del paciente, la noticia de que éste tiene una enfermedad incurable y terminal que lo matará en unos días, entonces, cuando el delito de peligro se materializa en uno de lesión de los bienes jurídicos tutelados por el Estado, también para el homicidio imprudente debe regir lo mismo. El homicidio imprudente debe ser causado por un impacto material como tal y no por otro de naturaleza primariamente anímica, porque no puede ser que lo que no es típico para el antecedente (para el delito de peligro) lo sea para su materialización (para el delito de lesión).

Por esta razón, porque, como se deduce de una interpretación sistemática de los delitos de peligro para la vida y la salud, en donde se han agrupado conductas potencialmente antecedentes de homicidio o lesiones culposas, deben tener su origen en lesiones fisicotraumáticas, y no en impactos primariamente anímicos consecuencia de vivencias angustiosas, hay que concluir que en el caso de la muerte por susto el autor sólo deberá ser condenado por lesiones imprudentes y no por un homicidio.

Cuando me refiero a que el bien jurídico tutelado es puesto en peligro no quiero decir que sufra algún daño, sino que puede ser semejante a la situación en que el autor dispara a un sujeto con la intención de matarlo, pero, que al fallar no se presenta el resultado esperado, no

obstante la víctima muere del susto, entonces la lesión al bien se produce, aunque no por el proyectil, sino por la tensión emocional que provoca el sentirse en peligro.

En el caso del personal de salud sucede lo mismo, las Normas Oficiales Mexicanas (NOMs) señalan con precisión los límites de los riesgos permitidos que estos deben respetar, cuando los rebasan por imprudencia, incrementan el riesgo, ponen en peligro al bien jurídico, o lo lesionan.

Cuando son terceras personas las víctimas de los daños por shock, por ejemplo, la madre del intervenido quirúrgicamente sufre un infarto mortal al tener conocimiento de que su hijo ha muerto en el quirófano por un médico imprudente, la doctrina dominante excluye la imputación objetiva de la muerte de la madre, argumentando que el ataque al corazón que ha padecido esa madre cae fuera del ámbito de protección de la norma. Teniendo en cuenta lo que se ha expuesto sobre los daños por shock causados a la ofendida, es fácil de fundamentar por qué esas muertes por susto provocadas en terceras personas no pueden ser imputadas objetivamente: porque, sobre la base del principio del fin de protección de la norma, si ni siquiera la muerte como consecuencia de la vivencia experimentada por quien ha sido víctima directa de la mala praxis es imputable al autor imprudente, mucho menos aún puede imputarse a este último la misma muerte por susto sobrevinida a una tercera persona vinculada afectivamente con esa víctima.

Con esto dejamos en claro que el fin de protección de la norma se refiere a las conductas que lesionan al bien jurídico tutelado, típicas, antijurídicas y culpables, que por la teoría de la imputación objetiva es posible cargar a la cuenta del autor, pero únicamente las que ha producido el autor, médico, por prescripción y aplicación de

medicamentos, así como por cirugías que provocan lesiones orgánicas, no se le puede imputar nada de lo que no haya sido causa.⁶⁹

2.1.4. Teoría de la prohibición de regreso.

Reinhard Frank (1931) propone esta doctrina, afirmando que si cursos causales de acciones culposas, son aprovechados por una acción dolosa para provocar directamente el resultado, está prohibido regresar o remontarse más atrás de la acción dolosa para buscar causas culposas, a menos que se demuestre que los que participan saben que se cometerá un crimen.

La teoría de la prohibición de regreso y la actuación a propio riesgo son propuestas de Günther Jakobs, quien señala que las acciones sólo pueden atribuirse a los autores, aunque hayan recibido la cooperación de personas que cumplen con su rol socialmente indicado, así por ejemplo el fabricante de armas de fuego no es imputable cuando la pistola se use para cometer un crimen. En el caso de los médicos garantes de la salud y la vida, bienes jurídicos protegidos por el Estado, que utilicen sus conocimientos especiales para dañar a su paciente en venganza, la universidad que los formó como médicos, no es imputable

⁶⁹ Gimbernat Ordeig, Enrique, Fin de protección de la norma e imputación objetiva, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid, El presente trabajo se ha publicado en Portugal, en el libro-homenaje a Jorge Figueiredo Días, y se enmarca dentro del Proyecto I+D del Ministerio español de Educación y Ciencia SEJ2006-0659/JURI, disponible en:

[file:///C:/Users/Alonso/Downloads/Dialnet-FinDeLaProteccionDeLaNormaElImputacionObjetiva-3004297%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Alonso/Downloads/Dialnet-FinDeLaProteccionDeLaNormaElImputacionObjetiva-3004297%20(1).pdf)

del uso criminal de su preparación. El rol social del médico es el de cuidar la salud y la vida de sus pacientes y habrá de emplear todo su conocimiento para restablecerles la salud o salvarles de la muerte, que sin su participación sería segura. Los procedimientos quirúrgicos y la prescripción de tratamientos por medio de medicamentos, es de responsabilidad exclusiva del autor y de nadie más, a menos que el farmacéutico sepa que el médico tiene la intención de matar a su paciente y sin remilgos entregue el medicamento.

Al autor se le imputa un resultado si pudiendo evitarlo y estando obligado por el derecho a ello, no lo evitó. Es decir se le imputa no evitar lo evitable, siempre y cuando se ubique en situación de garante. Esto se admite cuando el evitar forme parte del rol a cumplir. El contenido del rol queda determinado por los institutos de la imputación objetiva. Quien lleva a cabo una conducta dentro del riesgo permitido, permanece dentro de su rol. Quien no hace nada que contradiga su rol, tampoco defrauda ninguna expectativa, sino que se conduce de modo socialmente adecuado. El rol es un sistema de posiciones precisadas normativamente. El mandato debe decir: no quebrantes tu rol como ciudadano fiel al derecho.

La causa de la pérdida de un bien *per se* no significa nada respecto de la competencia por esa pérdida. Jakobs trasmite una impronta: quien no hace nada que contradiga su rol legal, tampoco defrauda una expectativa, sino que se conduce de modo socialmente adecuado, cuando adquiere relevancia causal respecto de la lesión de un bien. El contenido de un rol, según Jakobs, queda determinado por los institutos de la imputabilidad objetiva. Por eso “quien lleva a cabo una conducta dentro del riesgo permitido, permanece dentro de su rol; quien presta una

contribución a quien actúa a riesgo propio,⁷⁰ también; quien realiza una prestación estereotipada y no se adapta a los planes delictivos de otras personas, no participa criminalmente en la ejecución de esos planes, existe una prohibición de regreso; e igualmente permanece en el rol del ciudadano fiel al derecho quien, por ejemplo, en el tránsito vial, confía en que los demás se conducirán a su vez de modo correcto: principio de confianza. En conclusión, no es tan importante la configuración concreta de distintos institutos como el hecho de que en el comienzo del mundo normativo, precisamente, no sólo hay posesión de bienes, sino también, con igual carácter originario, ámbitos de responsabilidad; por consiguiente, no se espera de todos y cada uno que evite toda lesión de un bien, sino precisamente, sólo de aquél al que ello le incumbe, y en esa medida sólo el cuidado suficiente por aquello que le compete”

Jakobs sostiene que “las acciones que pueden dar lugar a un daño no son lesiones de un derecho si es tarea de otra persona conjurar dicho daño, pudiéndose confiar en un cumplimiento de la tarea en el caso concreto. Por ejemplo, en el tráfico diario se puede confiar en los casos normales que las personas obligadas ceden el paso a los que tienen preferencia. Además, el que realiza una acción totalmente

⁷⁰ Revista Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Guayaquil, “La prohibición de Regreso en el Pensamiento de Jakobs (temas de participación criminal) por el Dr. Carlos Parma, pp. 1-19. Disponible en: http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2005/19/19_La%20Prohibicion%20de%20regreso.pdf

Lo correcto es que cada uno se haga cargo de su propio rol. Por eso “nadie tiene que tener a otra persona bajo su tutela en la medida en la que es de su incumbencia configurar por sí mismo su ámbito de organización; si la configura defectuosamente se trata de una actuación a propio riesgo”. Lo mismo sucede con los especialistas, como los médicos, con asignación de médicos tratantes, que por disposición del estudiante la enfermera modifica el tratamiento y el paciente muere, la responsabilidad es del estudiante por haber relegado al médico tratante a un rol de subordinado suyo al tomar sus propias decisiones, cuando sucede lo contrario el resultado mortal es del médico tratante.

estereotipada socialmente no participa en lesión de derecho alguna si otros transforman previsiblemente el proceso en un hecho delictivo. Por ejemplo, quien devuelve un préstamo no tiene que preocuparse de si el receptor del pago consigue un explosivo para un atentado gracias a ese dinero. Es evidente que el atentado es una lesión de un derecho, pero el deudor que devuelve el dinero no ha participado en dicha lesión: Prohibición de regreso. Modifico el ejemplo para todo aquél que albergue dudas: una deuda es cancelada a su debido tiempo y el acreedor utiliza la suma recibida de forma delictiva, ¿Podría haberse podido negar el deudor al pago arguyendo que no está garantizada la utilización legal de la suma a entregar por parte del acreedor?”

Para explicar esto Jakobs hace referencia a un ejemplo: “Mi vecino sufre una lesión en un brazo y por ello me pide que le taladre un agujero en la pared en un determinado lugar de su casa. Como nuestra casa tiene una construcción idéntica sé que por ese lugar pasa la conducción eléctrica y se lo aviso al vecino. Éste contesta al borde del enfado que no debo detener mi trabajo por exceso de escrúpulos. Si él tuviera el brazo sano ya habría terminado la obra. Yo taladro sabiendo que no es improbable que destroce la red eléctrica, lo cual acaba sucediendo. Me ofrecí a mi vecino en el rol de un asesor especializado y él me relegó al rol de peón, es decir, me encargó la simple ejecución de tareas de cuyo resultado él mismo asumía el peligro. El que degrada a otro a la categoría de peón debe aportar los conocimientos especializados necesarios, procurárselos de otro modo o, en todo caso, resolver él mismo el problema del daño. El peón no lesiona derecho alguno del que ha rechazado la ayuda si actúa como un peón”.⁷¹

⁷¹ Revista Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Guayaquil, “La prohibición de Regreso en el Pensamiento de Jakobs (temas de participación criminal) por el Dr. Carlos Parma, pp. 1-19. Disponible en: http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2005/19/19_La%20Prohibicion%20de%20regreso.pdf

La Teoría de la Equivalencia de las Condiciones expresa la acción hacia atrás hasta el infinito, de tal forma que quien comete el delito, no lo hubiera cometido si no fuera porque fue engendrado por sus padres, y éstos a su vez también fueron engendrados y así sucesivamente hasta llegar a la naturaleza ajena a las condiciones humanas; si el delito se cometió con una arma de fuego, será responsable del delito por haberla vendido, pero, el fabricante tampoco se escapa, no obstante quien fundió el hierro, etc., por lo que se formuló la "Teoría de la Prohibición de Regreso.

Conclusión.

En este capítulo se detalla lo concerniente a la Teoría de la Imputación Objetiva, la que sirve de sustento para desarrollar la investigación, que se refiere a su aplicación al delito de homicidio culposo que cometen los médicos en el ejercicio de su profesión. Como ya mencionamos el delito de homicidio es señalado por el Código Penal Federal, en su artículo 60, segundo párrafo, como un delito que admite culpa. La culpa es definida como la falta de previsibilidad, cuando el sujeto no tiene una representación del resultado, o previó, pero continuó con su comportamiento con la esperanza de que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado, en su posición de garante. A la Teoría de la Imputación Objetiva impulsada por Roxin, le son muy importantes el principio del riesgo permitido, incremento del riesgo y el fin de protección de la norma.

Bajo estos principios se requiere que el incremento del riesgo, es decir el riesgo prohibido por la norma, se materialice en la violación del deber de cuidado, para ser imputado al sujeto, que según el objetivo de la investigación es el profesional de la salud, que en su posición de garante tiene la obligación jurídica de evitar y procurar no producir el daño a los bienes jurídicos, como son la salud y la vida.

La Teoría del Riesgo Creado impactó más en derecho civil que en derecho penal, sin embargo, podemos decir que esta teoría surge por la necesidad de proteger los bienes jurídicos de la salud y de la vida, en la sociedad industrializada, en donde se utilizan equipos, aparatos y maquinaria que por sus características lesionan los bienes ya mencionados. Esto ha quedado expresado en los artículos 1910-1916, pero solo con el efecto de que el causante, quien opera la maquinaria, equipos y aparatos, que en este caso es el patrón, pague los daños materiales, los restituya o repare cuando sea posible, sin tener alcance la ley penal, por aceptarlo así la actividad necesaria para el desarrollo de la sociedad, en el último artículo se menciona el pago de daño moral, cuyo monto queda al arbitrio del juez.

El médico, objeto del estudio, opera equipo altamente riesgoso que puede producir lesiones y hasta la muerte del paciente, si no es utilizado conforme señalan los instructivos, utiliza soluciones como medios de contraste para determinados estudios que son alergénicos en algunos, medicamentos sumamente peligrosos como los de quimioterapia, etc., pero, por su calidad de garante y sus conocimientos especiales, no es impune, es decir que no sólo debe cubrir el pago de los daños y perjuicios, sino purgar pena por su descuido, y desde el punto de vista de la Teoría de la Imputación Objetiva, el médico es imputable por el resultado material imprudente, por la violación al deber de cuidado, pues con su comportamiento incrementa el riesgo permitido y lo materializa en el resultado, a menos que cuente con el consentimiento informado expreso, firmado por el paciente o sus familiares, en donde se le haga saber con precisión los beneficios y riesgos de los procedimientos, equipo y sustancias que se utilizarán.

La Teoría del Incremento del Riesgo explica que la conducta del profesional de la salud al incrementar el riesgo permitido, viola el deber de cuidado, la única salida es si la conducta permitida hubiera producido el mismo resultado, en caso contrario se le imputa el resultado material.

Por último revisamos el fin de protección de la norma, que nos permite señalar con precisión cuáles son las conductas imputables, el ejemplo que utilizamos es el del médico que informa a los familiares del paciente que éste ha muerto por un procedimiento quirúrgico imprudente y al enterarse la madre, ésta muere de un infarto. El médico imprudente será responsable de la muerte de su paciente, pero no de la muerte de la madre que ha sufrido un infarto, el fin de la norma protege la salud y la vida de los pacientes, pero, no la inestabilidad emocional de los familiares.

Capítulo III. Elementos del Delito

3.1. Elementos positivos y negativos del delito

El delito se constituye por acción u omisión sancionadas por las leyes penales, definición que se menciona en el primer párrafo del artículo 7º del Código Penal Federal (CPF). Los elementos positivos del delito que son de cuatro a siete, según, el autor y sus inclinaciones doctrinarias, serán mencionados aquí con el fin de definir el concepto y de orientar el objetivo del presente trabajo de investigación que se propone presentar una propuesta de aplicación de la teoría de la Imputación Objetiva desde el punto de vista de los planteamientos de Claus Roxin, que ha desarrollado la Teoría del Riesgo Permitido, la Teoría del Incremento del Riesgo, el principio del consentimiento y la autopuesta en riesgo, para imputar los hechos a su autor, en los delitos de resultado material, específicamente en los delitos culposos o imprudentes considera la violación del deber de cuidado o el incremento del riesgo como elementos necesarios para su imputación objetiva. Los delitos imprudentes del personal de salud, quienes tienen la obligación de evitar el daño a los bienes jurídicos tutelados, la salud y la vida de los pacientes, obligación que deriva de su calidad de garante, son los que se estudiarán con el apoyo de la Teoría de la Imputación Objetiva. Los elementos positivos que invariablemente citan los autores que se ocupan de este tema son: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, después de estos se mencionan la punibilidad y la imputabilidad.

Los elementos positivos del delito son los manifiestos que configuran la acción u omisión típica sancionada por la ley penal. El elemento primordial del delito es la acción u omisión típica que tiene un resultado material, la acción de disparar un arma de fuego sin resultado material

no es sancionada, sin embargo, si el proyectil le quita la vida a un sujeto, la acción típica, es antijurídica y culpable, que se le imputa al autor del disparo. Luego entonces los elementos del delito son la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, su presencia los hace positivos, su ausencia los hace negativos. La ausencia de conducta es un elemento negativo, la atipicidad, la ausencia de antijuridicidad por una excluyente y la inculpabilidad son los elementos que en este trabajo tomaré en cuenta.

3.1.1. Conducta

La conducta es movimiento corporal que modifica el entorno del sujeto, movimiento corporal voluntario que produce resultados materiales o formales, lo material es asociado al daño del bien jurídico protegido por el Estado, tal es el caso de la vida y la salud, y lo formal se refiere al tipo penal, por lo tanto a una conducta antijurídica, incorporada en el Código Penal Federal. Algunos autores los amalgaman en un solo concepto.

“Según esta terminología, a veces el elemento objetivo del delito es la conducta (si el tipo describe simplemente una acción o una omisión), y otras, hecho, cuando la ley requiere (además de la acción o de la omisión) la producción de un resultado material, unido por un nexo causal. Si el delito es de mera actividad o inactividad, debe hablarse de conducta; de hecho, cuando el delito es de resultado material, según la hipótesis típica. Así, pues, el citado profesor Porte Petit distingue la conducta del hecho; éste se compone de una conducta, un resultado y un nexo causal. La sola conducta agota el elemento objetivo del delito cuando por sí misma llena el tipo, como sucede en los llamados delitos de mera actividad (o en los de simple omisión), carentes de un resultado material. La conducta es un elemento del hecho cuando, según la descripción del tipo, precisa una mutación en el mundo exterior, es decir, un resultado material. No hay inconveniente en

aceptar el empleo de ambos términos conducta y hecho se entiende lo ocurrido o acaecido, e indudablemente el actuar humano (con o sin resultado material), por efectuarse en el escenario del mundo es, desde este punto de vista, un hecho. También los fenómenos naturales son hechos. Más si convencionalmente se habla de hecho para designar la conducta humana, el resultado y su necesario nexos causal, y del vocablo conducta cuando el tipo sólo exige un acto o una omisión, la distinción parece útil. Desde luego, únicamente existe el nexos causal en los ilícitos de resultado material; los de simple actividad (o inactividad) comportan sólo resultado jurídico.

Ahora bien, el elemento objetivo puede presentar las formas de acción, omisión y comisión por omisión. Mientras la acción se integra mediante una actividad (ejecución) voluntaria (concepción y decisión), la omisión y la comisión por omisión se conforman por una inactividad, diferenciándose en que en la omisión hay violación de un deber jurídico de obrar, en tanto en la comisión por omisión se violan dos deberes jurídicos, uno de obrar y otro de abstenerse.”⁷²

La conducta, es cualquier movimiento corporal, voluntario o involuntario, que modifica de alguna manera el mundo exterior del individuo, algunos cambios físicos o formales no están permitidos por la sociedad, a estos se les concibe como delitos, otros son irrelevantes para el Derecho Penal, por lo que parece superfluo hacer énfasis en la diferencia que pudiera existir entre la conducta de mera actividad y el hecho que produce un resultado material. De la misma forma el concepto de comportamiento y conducta como sinónimos, en donde por sus diferencias propias se conoce que se refieren a conductas de mera actividad o de resultado material. Sin embargo, especialmente las conductas que tienen un resultado material, como lo es el homicidio

⁷² Castellanos, Fernando, Lineamientos elementales de derecho penal (parte general), editorial Porrúa, México, 2010, pp. 138-139

imprudencial causado por el ejercicio profesional de los médicos se estudiaran aquí con el fin de aplicar la Teoría de la Imputación Objetiva.

Las conductas que coinciden con el tipo descrito en el Código Penal Federal que admite culpa, según su artículo 60, y específicamente las de homicidio causado por el ejercicio profesional del personal de salud, pero únicamente el ocasionado por imprudencia, en donde el autor por descuido viola el deber de cuidado y su calidad de garante. El deber de cuidado es la norma misma que le señala los límites del riesgo socialmente permitido; rebasarlos incrementa el riesgo permitido por falta de conocimiento, impericia, exceso de confianza, error, y negligencia médica es imprudencia. Como se observa el resultado material son las lesiones a la salud y la vida, bienes jurídicos protegidos de interés social, que no están a disposición del que los porta, es decir del paciente, sin embargo por excepción y por la justificante de “estado de necesidad”, que sacrifica un bien mayor por uno menor, la lesión corporal causada por una cirugía, el aborto terapéutico, el tratamiento medicamentoso, dentro de los límites de la norma, que disminuye el riesgo de muerte del paciente y restablece su salud, el médico actúa lícitamente, pero, si por no llevar a cabo el procedimiento quirúrgico según lo determinado por la norma el paciente muere, el cirujano es imputado, por incrementar el riesgo. En estos casos el consentimiento del paciente o de un familiar es de primordial importancia, sin él, se puede enderezar un procedimiento judicial en contra del médico imprudente por el delito de lesiones u homicidio; el consentimiento es permitido excepcionalmente por el estado y protegido por la justificante estado de necesidad, es decir, el sacrificio de un bien menor por uno mayor, es la muerte del producto por la vida de la madre, es la lesión causada por el bisturí para preservar la vida, es la lucha del náufrago por la tabla salvadora que soporta sólo a uno, el otro tiene que morir, etc.

El exceso de confianza se produce cuando el responsable del tratamiento médico espera que quienes colaboran con él, en el procedimiento quirúrgico o prescripción de medicamentos, hagan lo que les corresponde y por su confianza depositada en ellos no supervisa sus quehaceres, que cuando no los realizan según esté especificado, se presenta el resultado material que lesiona el bien jurídico, por lo que el médico es imputado por delito culposo.

Son delitos culposos o por imprudencia cuando el autor conoce el resultado, pero, continúa con la acción con la esperanza que el resultado no se presente, porque no lo desea.

Según esta terminología, a veces el elemento objetivo del delito es la conducta, si el tipo describe simplemente una acción o una omisión, y otras, hecho, cuando la ley requiere, además de la acción o de la comisión, la producción de un resultado material, unido por un nexo causal. Si el delito es de mera actividad o inactividad, debe hablarse de conducta y de hecho, cuando el delito es de resultado material, según la hipótesis típica. Así, pues, el citado profesor Porte Petit distingue la conducta del hecho, éste se compone de una conducta, un resultado y un nexo causal. La sola conducta agota el elemento objetivo del delito cuando por sí misma llena el tipo, como sucede en los llamados delitos de mera actividad, o en los de simple omisión, carentes de un resultado material. La conducta es un elemento del hecho cuando, según la descripción del tipo precisa una mutación en el mundo exterior, es decir, un resultado material. Son aceptables ambos términos conducta y hecho se refieren a lo ocurrido o acaecido, e indudablemente el actuar humano, con o sin resultado material, por efectuarse en el escenario del mundo es, desde este punto de vista, un hecho. También los fenómenos naturales son hechos. Más si convencionalmente se habla de hecho para designar la conducta, el resultado y su necesario nexo causal, y del vocablo conducta cuando el tipo sólo exige un acto o una omisión, la distinción es útil. Desde

luego, únicamente existe el nexo causal en los ilícitos de resultado material, en los de simple actividad comportan sólo resultado jurídico.

Ahora bien, el elemento objetivo puede presentar las formas de acción, omisión y comisión por omisión. Mientras la acción se integra mediante una ejecución voluntaria, la omisión y la comisión por omisión se conforman por una inactividad, diferenciándose en que en la omisión hay violación de un deber jurídico de obrar, en tanto en la comisión por omisión se violan dos deberes jurídicos, uno de obrar y otro de abstenerse.⁷³

Hacer la diferencia entre hecho y conducta resulta engorroso, pues de cualquier forma la conducta humana siempre impactará en el mundo social en el que vive el hombre, en beneficio o en perjuicio, por tanto es conveniente el uso del concepto de conducta con todas sus implicaciones. La metodología más adecuada para explicar el resultado material de la conducta es el funcionalismo, desarrollada extensamente por Claus Roxin, quien afirma que la conducta delictuosa siempre estará ubicada fuera del deber de cuidado, que la norma es límite del riesgo permitido.

Es conveniente establecer que la acción es conducta humana. En el concepto de conducta se incorpora el de acción, acto, hecho, de tal forma que conducta es el genérico y la acción, acto y hecho las especies, pero que se tomarán como sinónimos, así que serán indistintos cualquiera de ellos.

“El acto o la acción, stricto sensu, es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación. Según Cuello Calón, la acción, en sentido estricto, es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca. Para Eugenio Florián, la acción es un movimiento del cuerpo humano

⁷³ Castellanos, Fernando, op. Cit. pp. 138-139

que se desarrolla en el mundo exterior y por esto determina una variación, aun cuando sea ligera o imperceptible.

La omisión, en cambio, radica en un abstenerse de obrar, simplemente en una abstención; en dejar de hacer lo que se debe ejecutar. La omisión es una forma negativa de la acción. El Código Penal Federal vigente establece en el párrafo segundo del artículo 7º: En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

Este párrafo segundo se refiere a la llamada posición de garante, dentro de la concepción finalista, ya que como el propio precepto señala, no basta con la omisión que origina un resultado típico; es preciso que el sujeto tenga la obligación de impedir la producción del hecho punible; ese deber es derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente. Esta obligación especial, de evitar o no provocar daño al bien jurídico tutelado, convierte al sujeto en garante de que el resultado no se producirá.

La adición al artículo 7 obedece al cumplimiento del principio de legalidad, regula con precisión la figura de la omisión impropia, en virtud de que se había planteado con frecuencia, por la doctrina, que se violaba la mencionada garantía, porque esa forma de realización del comportamiento humano no estaba descrita en la ley.”⁷⁴

⁷⁴ Castellanos, Fernando, op. Cit. pp. 142-143

La posición de garante, se integra por dos elementos el deber jurídico de actuar y el deber de evitar el resultado material, pero sólo a determinadas personas se les impone, y como consecuencia se protege el bien jurídico.

Los delitos de comisión por omisión son cometidos solo por personas que tienen el doble deber de actuar para evitar el resultado material, como es el caso del personal de salud, que tiene la obligación de realizar el aborto terapéutico para evitar la muerte de la madre, así tiene indicado eliminar el bien menor para evitar la muerte de la madre, considerada como el bien mayor, pero si omite la acción y el resultado material son las muertes de ambos, se comete el delito de comisión por omisión por la violación de la posición de garante.

En los delitos de comisión por omisión no se cumple un mandato legal de acción y el deber de evitar o no provocar el resultado típico, antijurídico y culpable. Si por la inactividad del autor, es decir por la omisión de la acción, tenemos un resultado material típico y el sujeto que omite tiene el deber de evitarlo, como se dice en el segundo párrafo del artículo 7º del Código Penal Federal, por mandato de ley, contrato o por su actuar precedente, estableciéndose debidamente la conducta, el resultado material y el nexo, se le imputará por delito culposo. En el caso del aborto terapéutico, el médico no lleva a cabo el procedimiento quirúrgico necesario que tiene la obligación de realizar por mandato de ley, es omiso, no presenta la acción que se le manda, que tiene el deber de ejecutar para evitar la muerte del bien mayor, por lo que será imputado por homicidio culposo. Los conocimientos especiales que ha obtenido el médico lo hace garante de la protección de la vida y la salud, su actuar precedente de puesta en peligro del bien, que lo obliga a evitarlo si está dentro de sus posibilidades, pero también el contrato laboral y el mandato jurídico. Al no actuar quien posee la calidad de garante el resultado material típico le será atribuido, como si él lo hubiera producido.

Para el funcionalismo la acción omisa incrementa el riesgo socialmente permitido que lesiona el bien jurídico, el resultado material se produce por descuido del deber de cuidado, señalado en la norma.

“...en los delitos de simple omisión el tipo se colma con la falta de una actividad jurídicamente ordenada, sin requerir de resultado material alguno. En cambio, en los de comisión por omisión (impropios delitos de omisión), es necesario un resultado material, una mutación en el mundo exterior mediante no hacer lo que el Derecho ordena. Por eso quienes emplean los términos conducta y hecho para designar el elemento objetivo del delito, afirman que en la omisión propia o simple, tal elemento es sólo la conducta, en tanto en los delitos de comisión por omisión se trata de un hecho (conducta, resultado y nexos causal). En la omisión simple sólo se viola la norma que ordena, porque el agente no hace lo mandado; en la comisión por omisión infríngense dos normas: la dispositiva (que impone el deber de obrar) y la prohibitiva (que sanciona la causación del resultado material penalmente tipificado). La omisión propia sólo comporta resultado jurídico; la impropia uno jurídico y otro material, sensorialmente perceptible. En los delitos de omisión simple el tipo se llena con la inactividad; en los de comisión por omisión cuando por la inactividad emerge el resultado material.”⁷⁵

En los delitos de omisión impropia o comisión por omisión, se integran tres elementos, la conducta, el resultado material y el nexos causal. El comportamiento del autor no es omisa, se hace con descuido, es la causa del resultado material.

Lo mismo ocurre en el delito de homicidio culposo, se realiza la cirugía sin el cuidado exigido por la norma o la *lex artis*, como en el

⁷⁵ Castellanos, Fernando, op. Cit. p. 144

caso de la enfermera que aplica la inyección equivocada y causa la muerte del paciente, es viable preguntarse ¿omitió aplicar la inyección? La respuesta es obvia, si aplicó la inyección, pero, por descuido obtuvo un resultado material diferente al esperado, la muerte en lugar del restablecimiento del paciente. La acción positiva no es típica, pues aplicar una inyección es con el fin de aliviar al paciente, sin embargo el resultado es mortal, por violación del deber de cuidado. La no verificación de que sea el medicamento indicado, se constituye en la violación del deber de cuidado, a menos de que la confusión se derive directamente del laboratorio al momento de etiquetarlo, entonces la imputación es para éste último.

“Para nosotros el olvido sólo integra delito si el autor no procuró, por falta de cuidado o diligencia, recordar la acción debida; por ello a tales delitos se les considera siempre como culposos (imprudenciales, según anterior terminología de nuestra ley) e indudablemente no está ausente el factor volitivo.”⁷⁶

El caso del médico que olvida las gasas en el abdomen del paciente que fue sometido a una cirugía de apéndice, aunque, habría que considerar la responsabilidad que se puede imputar al instrumentista, quien tiene la obligación de contabilizar con toda precisión de todos los implementos que se utilizan en el procedimiento. Ambos profesionales de la salud son imputables por violación al deber de cuidado, cuando por mandato de ley tiene la obligación de evitar o procurar el daño material del bien jurídico. En el Código Penal Federal, en su artículo 9º, segundo párrafo se define la culpa como un resultado típico sin previsión pudiendo serlo, previó, pero continuó su acción esperando que no se presentara el resultado, por la violación de un deber de cuidado.

⁷⁶ Castellanos, Fernando, op. Cit. p. 145

El profesional de la salud tiene la obligación por mandato de ley en su posición de garante de evitar cualquier daño a los bienes jurídicos de salud y vida.

“El funcionalismo rechaza la concepción de acción final, la concepción de acción en el causalismo es naturalista, y bajo la perspectiva de este nuevo sistema, la formación del Derecho Penal no puede ser a partir de cuestiones ontológicas previas, sino que la construcción del sistema penal debe hacerse sobre la base de las finalidades del Derecho Penal.

Dice Díaz-Aranda, citando a Roxin que: **“El sistema** funcionalista rechaza la concepción de acción final debido a que la formación del sistema jurídico-penal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etc.) sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho Penal. A este se debe sumar que un concepto de acción como control de cursos causales dirigido a un determinado objetivo (final) no sustenta **satisfactoriamente ni la culpa ni la omisión.”**

El criterio de atribución no es causal ni final, es normativo, esto es, un hombre habrá actuado si los efectos procedentes –relevantes para el derecho penal- se le pueden o no atribuir como persona, con lo que se puede hablar de un hacer o de un no hacer delimitado por la vida social y la evolución de los conocimientos empíricos de la época, eso es una manifestación de la personalidad, por lo anterior podemos decir que es “acción penalmente relevante aquella que constituye una manifestación de la personalidad del individuo conforme a su relación con su medio circundante”, en otras palabras, es una manifestación de la voluntad materializada en una conducta que es contraria a una

expectativa social, así la sociedad y el estado esperan que la persona actúe de tal o cual manera ante determinada circunstancia y con base en expectativas sociales acordes.”⁷⁷

3.1.2. Tipicidad

La tipicidad se refiere a la conducta que se acomoda perfectamente al tipo penal, es el comportamiento de un ser humano que modifica su entorno, que penalmente se reconoce como resultado material que puede ser doloso o culposo.

La tipicidad es del comportamiento humano, pues el objeto de la ley penal es la acción de los hombres, descrito en el Código Penal Federal, por ejemplo el de homicidio culposo. El tipo penal es la propuesta del legislador de la conducta que será considerada delictuosa que se manifiesta en contra de la sociedad, de igual forma puede eliminar las conductas que considere pertinentes, las que dejan de ser delitos.

Luego entonces un delito es la acción de los sujetos que no están de acuerdo con la sociedad, por eso tratan de destruirla mediante hechos.

La descripción de la conducta en el Código Penal Federal es lo que conocemos como tipo penal, es la abstracción que hace el legislador de los actos que dañan los bienes protegidos por el Estado.

Para la existencia del delito se requiere una conducta o hecho humanos; mas no toda conducta o hecho son delictuosos; precisa, además, que sean típicos, antijurídicos y culpables. La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración, habida cuenta de que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 14, establece en forma expresa: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se

⁷⁷ Castellanos, Fernando, op. Cit. pp. 146-147

trata”, en esta fracción se sigue el principio de legalidad, que no es otra cosa que la conducta que no es mencionada en la ley como delito es permitida.

El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. Basta que el legislador suprima de la Ley Penal un tipo, para que el delito quede excluido.

Hay tipos muy completos, en los cuales se contienen todos los elementos del delito, como ocurre, por ejemplo, en el de allanamiento de morada, en donde es fácil advertir la referencia típica a la culpabilidad, al aludir a los conceptos “con engaños”, “furtivamente”, etc. En este caso y en otros análogos, es correcto decir que el tipo consiste en la descripción legal de un delito.”⁷⁸

La acción queda descrita en el tipo penal como típica, y a la propiedad de adaptación se denomina tipicidad, lo que se expresa en la incidencia de la norma y el hecho, y definirla como la acción típica que corresponde a la descripción elaborada por el legislador e inmersa en la ley.

Para el funcionalismo la conducta que se sale del riesgo socialmente permitido integrado en la norma que pone en riesgo al bien jurídico tutelado configura un delito que es imputado a un sujeto habiendo establecido el nexo causal del resultado material. Los tipos penales incluidos en el Código Penal Federal, de nuestro país, que admiten culpa están señalados en el artículo 60 y el delito de homicidio es uno de ellos. El tipo penal de homicidio en el 302 del citado Código que a la letra dice: “Comete el delito de homicidio: quien le quita la vida a otro”, se refiere a que cualquiera puede cometer el delito de homicidio, en nuestro caso no se trata de cualquiera, sino de un sujeto en particular, que ha adquirido conocimientos especiales, como lo es el

⁷⁸ Castellanos, Fernando, op. Cit., p. 159

médico, considerado como el profesional de la salud, quien tiene la calidad de garante de los bienes jurídicos tutelados: salud y vida de los pacientes que atiende.

“La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es, en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa. Para Celestino Porte Petit la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula *nullum crimen sine tipo*.”⁷⁹

Cuando es posible la previsión de los resultados materiales por parte del autor son de dos tipos: a) con representación y b) sin representación.

- a) La representación, elemento subjetivo del resultado de la conducta, el autor tiene la posibilidad de prevenir, sin embargo, confía en que llegado el momento lo evitará o no acontecerá, tiene el conocimiento del peligro que corren los bienes jurídicos. En los delitos culposos con representación lo único que se conoce es el peligro. La esperanza es que el resultado material no se produzca.
- b) Aquí está ausente el conocimiento del peligro, se parte del supuesto en que el sujeto ha podido y debido representarse la posibilidad de producción del resultado, y sin embargo no lo ha hecho.

“Es en la culpa, o sea, la realización imprudente de los elementos materiales del delito, donde encontramos uno de los puntos críticos de la concepción finalista, pues en la acción final no puede acreditarse la imprudencia, por carecer de actuar dirigido a la obtención del resultado típico; no podemos hablar de actuar dirigido a un objetivo, pues los efectos secundarios no son el objetivo planteado; un sujeto A tiene el objetivo de ir a su trabajo, este actuar dirigido es lícito e irrelevante para

⁷⁹ Castellanos, Fernando, op. Cit., p. 160

el Derecho Penal; el medio seleccionado para ello es el automóvil; además se plantea los efectos accesorios (tráfico, avería mecánica, etc.); el sujeto manejando imprudentemente atropella a un peatón causándole la muerte, este homicidio es un efecto accesorio relevante para el Derecho Penal; ¿dónde está el actuar dirigido?, si la intención del sujeto es llegar a su trabajo y no cometer un acto delictivo. La doctrina finalista salva este problema señalando que para el caso de los delitos cometidos por culpa, se deberá atender a la relación causal de la conducta con el resultado.”⁸⁰

En los delitos culposos la acción prohibida tiene que ser establecida por el juez, son considerados como tipos abiertos, así como en los delitos de comisión por omisión son complementados por la calidad de garante del autor. Garante es el que tiene la obligación de evitar el resultado material y no lo hace, en México, la calidad de garante se deriva de una ley, un contrato o un acto precedente.

El personal de salud tiene la calidad de garante derivada de los tres principios mencionados, la ley penal les impone la protección del bien jurídico, si no atienden a quien necesita de sus servicios se constituye el delito de abandono de personas, por contrato privado o público de proporcionar el servicio médico, se puede demandar pago de daños y perjuicios, además del daño moral, por la vía civil. El acto precedente, como en el caso de quien no respeta la disposición del límite de velocidad y se excede, y como consecuencia atropella a un transeúnte, abandonándolo a su suerte, es decir que le niega el auxilio, aquí el autor viola una disposición reglamentaria, que constituye la omisión propia y posteriormente abandona al herido, conducta típica del delito de abandono de personas. El daño del bien protegido ocasionado por el mismo, por un acto precedente que es la infracción del reglamento de tránsito. Este es un caso típico de un delito de comisión por omisión, en donde se violenta una prohibición y un mandato.

⁸⁰ Castellanos, Fernando, op. Cit., p. 163

3.1.3. Antijuridicidad

“Como la antijuridicidad es un concepto negativo, un anti, lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo, comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario al Derecho.”⁸¹

La ley penal describe el tipo penal, que no es otra cosa que la descripción de las conductas consideradas como delictuosas, contrarias a la convivencia pacífica de los hombres, por lo tanto contrarias al derecho, sin embargo, Binding, en su teoría de las normas se esfuerza por demostrar que el comportamiento del delincuente se apega a la ley penal, no en su contra. Pero esto lleva a confusiones, pues pudiera considerarse que el autor de conductas que lesionan un bien jurídico que se adecuan al tipo no violan ningún precepto jurídico, no obstante, podemos decir que efectivamente la conducta se acomoda a la descripción del tipo, comportamiento considerado como contrario a la convivencia social, entonces aunque la conducta sea la descrita en el tipo penal, no significa que ésta sea deseada por la disposición jurídica, sino por el contrario, está dicho en la norma que quien se comporte de acuerdo con el tipo, su conducta será típica y comete un delito.⁸²

La relación que existe entre la acción humana y la norma es la antijuridicidad, el injusto es la declaración de esa acción.

Téngase presente que el juicio de antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa, pero no en su proceso psicológico causal; ello corresponde a la culpabilidad. La antijuridicidad es puramente

⁸¹ Castellanos, Fernando, op. Cit., p. 171

⁸² Plascencia Villanueva, Raúl, Teoría del Delito, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1998, p. 131. “Para explicar el problema que enfrenta la antijuridicidad podemos recurrir a la teoría de las normas de Binding a partir de la cual el autor se enfoca a demostrar que el delincuente no actúa en contra de las leyes penales, sino que concreta lo que la ley penal precisa.”

objetiva, atiende sólo al acto, a la conducta externa. Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado. Una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación.

El Código Penal Federal incorpora en su capítulo IV, Causas de Justificación, en el artículo 15, incisos III y V las justificantes, de consentimiento de la víctima y de estado de necesidad. Los médicos, garantes de la salud y la vida de sus pacientes tienen la obligación de evitar daños a esos bienes y de protegerlos y constantemente están en la circunstancia de elegir el bien mayor sobre el bien menor, lo que nos refiere a las causas de justificación de estado de necesidad y consentimiento, que más adelante detallaremos.

Cuando está presente una de estas causas de justificación la antijuridicidad desaparece.

Lo cierto es que la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo. En los tipos penales se señalan los valores que es necesario amparar; una conducta es antijurídica cuando vulnera dichos bienes o valores.

La antijuridicidad puede ser formal o material, la antijuridicidad formal se refiere a la violación de la ley y la antijuridicidad material al resultado de la acción.

“La antijuridicidad formal consiste en la oposición a la norma derivada de un comportamiento atribuible a un sujeto. Para encontrar este concepto es dable señalar que por exclusión las acciones ilícitas son antijurídicas y pueden constituir la antijuridicidad, en tanto el aspecto material alude al grado de ataque, lesión o peligro al que se ha expuesto el bien jurídico.”⁸³

⁸³ Plascencia Villanueva, Raúl, op. Cit., p. 135

3.1.4. Culpabilidad

La culpabilidad es un elemento del delito integrado por el dolo y la culpa, que originalmente formaba parte del tipo como elemento subjetivo del delito, posteriormente fue separado en el principio de la culpabilidad.

Por último el dolo fue considerado ya no como la voluntad de cometer un delito, sino como la representación del resultado por parte del autor, de esta forma quien tiene el conocimiento anticipado del resultado material de su comportamiento, actúa con dolo, siempre que su conducta sea contraria al Derecho será culpable por conocer y querer el resultado material, por ejemplo, el homicidio planeado y ejecutado, sobre todo cuando el saber no le impidió al autor el detener su actividad voluntaria.

El objetivo de la investigación es la aplicación de la teoría de la imputación objetiva al delito de homicidio culposo por parte del personal de salud, especialmente el análisis del dolo y la culpa, luego entonces es necesario el estudio del delito culposo cometido por los médicos. En este apartado nos referiremos en forma general al delito culposo, para posteriormente tratar específicamente el homicidio culposo de los médicos.

La representación que se hace el autor del resultado material típico que quiere, se conforma con él y acepta la realización del hecho descrito en la ley, es el dolo eventual.

“A fin de establecer la distancia entre el dolo eventual y la culpa consciente, podemos partir de la teoría del consentimiento, la cual propone la existencia del dolo eventual cuando el sujeto consiente o acepta la producción del resultado, en tanto que si realiza la acción con la confianza de que el resultado no se produzca, se dará la culpa consciente o con representación.”

El consentimiento del poseedor del bien protegido autoriza al médico a llevar a cabo la cirugía o tratamiento

“Para Zaffaroni la culpabilidad es la posibilidad exigible al autor de actuar motivado en la norma, reprochándole no haber actuado apegado a ella. La posibilidad exigible que el autor tuvo de actuar conforme a derecho es el fundamento del reproche, su razón de ser. El reproche se funda en la posibilidad exigible. La reprochabilidad es el conjunto de caracteres que una conducta presenta para que le sea reprochado al autor.

El principio de culpabilidad es la aplicación del *nullum crimen sine culpa*, que puede enunciarse como “no hay pena sin reprochabilidad”, o sea, no hay delito sin que el autor haya tenido la posibilidad exigible de actuar conforme a derecho. En realidad el principio *nullum crimen sine culpa* se refiere a dos estratos diferentes: la tipicidad y la culpabilidad. El principio de culpabilidad tiene, necesariamente, como presupuesto lógico la libertad de voluntad del hombre. Cuando se desconoce este fundamento no es posible construir la culpabilidad, ni es posible un orden jurídico que regule la conducta de entes responsables. Responsabilidad y libertad son conceptos inseparables.

Podemos definir, pues, a la culpabilidad como el juicio por el cual se reprocha a un sujeto haber efectuado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la realización otro comportamiento diferente, adecuado a la norma.”⁸⁴

3.1.5. Imputabilidad

En la legislación mexicana se especifica quienes son imputables y quienes inimputables, los primeros son mayores de edad y de sano juicio, los segundos menores, dementes, y deficientes mentales.

“Niveles de imputación. Desde el esquema normativo aquí descrito, la imputación objetiva se divide en dos niveles: por una parte, la

⁸⁴ Culpabilidad, pp. 102-103. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1757/10.pdf>

calificación del comportamiento como típico (imputación objetiva del comportamiento); y por otra, situado en el ámbito de los delitos de resultado, la verificación de que el resultado lesivo producido tiene como explicación el comportamiento objetivamente imputable (imputación objetiva del resultado).

En el primero de ellos se ubican las instituciones dogmáticas desarrolladas con particular énfasis –si bien concediendo mayor profundidad a unos con relación a otros- por la dogmática funcionalista del profesor Jakobs; es a través de estas proyecciones que se construye el juicio de tipicidad, pues constituyen en efecto filtros normativos por los que debe atravesar el análisis de las conductas sometidas a dicho examen de tipicidad. Por tanto, se trata aquí de comprobar que el comportamiento en cuestión responde a los parámetros normativos generales del tipo objetivo.

El segundo nivel de imputación, también denominado como el de realización de riesgos, presupone ya la existencia de un riesgo no permitido, por lo que el examen radica aquí en determinar si el resultado lesivo es precisamente la materialización de aquél riesgo no permitido creado por el autor. Por tanto, para que el resultado pueda reputarse de típico debe constituir una consecuencia, una realización del riesgo prohibido y, consiguientemente, éste deberá explicar dicho resultado.”⁸⁵

⁸⁵ Gaceta Penal & Procesal Penal, tomo 14, agosto de 2010, pp. 55-76. Abreviaturas: *DPC*: Derecho

penal contemporáneo. Revista Internacional; *PE*: Derecho penal. Parte Especial; *PG*: Derecho penal. Parte General; *RPDJP*: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales. Por José Luis Medina Frisancho Abogado por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. Magíster en Derecho penal por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho penal de la Universidad Científica del Sur y de la Maestría en Derecho con mención en Derecho penal de la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo.

Es necesario que para que un sujeto sea imputado, independientemente de las características que debe reunir el individuo, según se ha dicho al principio del inciso, se debe considerar si una conducta es típica, antijurídica y culpable. De acuerdo con la Teoría de la Imputación Objetiva el comportamiento humano que transforma su entorno, es decir que tiene un resultado material puede o no ser típico, y para imputarse debe existir el nexo entre la acción y el resultado.

“Para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad, como se verá más adelante, intervienen el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce; luego la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad. Por eso a la imputabilidad (calidad del sujeto, capacidad ante el Derecho Penal) se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito, según pretenden algunos especialistas.”⁸⁶

En los delitos culposos el conocimiento y la voluntad no se complementan, el delincuente conoce anticipadamente el resultado, pero no lo desea, no obstante continúa la acción hasta el final con la esperanza de que el resultado típico no se presente.

“La imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho, pero en ocasiones el sujeto, antes de actuar, voluntaria o culposamente se coloca en situación inimputable y en esas condiciones produce el delito. A estas acciones se les llama *liberae in causa* (libres en su causa, pero determinadas en cuanto a su efecto). Tal es el caso de quien decide cometer homicidio y para darse ánimo bebe con exceso y ejecuta el delito en estado de ebriedad. Aquí sin

⁸⁶ Castellanos, Fernando, op. Cit., p. 211

duda alguna, existe la imputabilidad; entre el acto voluntario (decisión de delinquir) y su resultado, hay un enlace causal. En el momento del impulso para el desarrollo de la cadena de la causalidad –dice Cuello Calón-, el sujeto era imputable.”⁸⁷

3.1.6. Ausencia de conducta

La ausencia de conducta es un elemento negativo del delito, es decir, que sin el comportamiento del sujeto no hay delincuente que perseguir. La acción típica es el elemento primigenio del delito, sería un absurdo continuar la integración de la antijuricidad y culpabilidad sin tener la conducta típica. La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo penal descrito en el Código Penal Federal. Toda conducta encuadrada en el tipo penal es considerada como delictuosa, y al no existir no hay delito.

“En otra parte hemos insistido en que si falta alguno de los elementos esenciales del delito, éste no se integrará; en consecuencia, si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias. Es, pues, la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos, o mejor dicho, impeditivos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico. Muchos llaman a la conducta soporte naturalístico del ilícito penal.”⁸⁸

La conducta de la bestia no es sujeta de las leyes penales, por eso cuando un animal bravío, por ejemplo un perro, ataca a una persona por descuido de su dueño o azuzado por éste, se procesa al dueño. Se parte del principio de que la conducta del animal es una respuesta instintiva, sujeta a las leyes naturales, aún si se le hubiera entrenado

⁸⁷ Castellanos, Fernando, op. Cit., p. 215

⁸⁸ Castellanos, Fernando, op. Cit., p. 155

para ser educado, tal como responder al llamado de su amo, sentarse cuando se le indique, etc.

“La aparente conducta, desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es una acción humana en el sentido valorativo del Derecho, por no existir la manifestación de voluntad. Con acierto dice Pacheco que quien así obra no es en ese instante un hombre, sino un mero instrumento. Quien es violentado materialmente (no amedrentado, no cohibido, sino forzado de hecho) no comete delito, es tan inocente como la espada misma de que un asesino se valiera.”⁸⁹

Cuando el hombre es impulsado por la fuerza de la naturaleza o una fuerza irresistible es conveniente no considerar el efecto como comportamiento que modifica el entorno, pues la naturaleza ciega se transforma por sus propias fuerzas. El dominio absoluto y ciego de la corriente de agua que empuja a un sujeto quien por la violencia ejercida sobre él golpea a otro con su propio cuerpo que al caer se golpea en la cabeza y muere, no es imputado porque no emitió acción alguna. El médico que realiza un procedimiento quirúrgico en el momento en que se presenta un terremoto y por tratar de mantener el equilibrio al estirar el brazo con el bisturí en la mano corta órganos vitales con la consecuente muerte del paciente, no resulta imputable porque sus movimientos reflejos son instintivos, por lo que hay ausencia de conducta.

“Es unánime el pensamiento, en el sentido de considerar también como factores eliminatorios de la conducta a la vis maior (fuerza mayor) y a los movimientos reflejos. Operan, porque su presencia demuestra la falta del elemento volitivo, indispensable para la aparición de la conducta que, como hemos dicho, es siempre un comportamiento humano voluntario. Sólo resta añadir que la vis absoluta y la vis maior difieren por razón de su procedencia; la primera deriva del hombre y la segunda de la naturaleza, es decir, es energía no humana. Los actos

⁸⁹ Castellanos, Fernando, op. Cit., p. 156

reflejos son movimientos corporales involuntarios (si el sujeto puede controlarlos o por lo menos retardarlos, ya no funcionan como factores negativos del delito).

Para algunos penalistas son verdaderos aspectos negativos de la conducta: el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo, pues en tales fenómenos psíquicos el sujeto realiza la actividad o inactividad sin voluntad, por hallarse en un estado en el cual su conciencia se encuentra suprimida y han desaparecido las fuerzas inhibitorias.⁹⁰

3.1.7. Atipicidad

“Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa.”⁹¹

“Las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes: a) Ausencia de la calidad o del número exigido por la Ley en cuanto a los sujetos activos y pasivos; b) si faltan el objeto material o el objeto jurídico; c) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo; d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la Ley; e) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos; y, f) por no darse, en su caso, la antijuricidad especial.

En ocasiones el legislador, al describir el comportamiento, se refiere a cierta calidad en el sujeto activo, en el pasivo, o en ambos; tal ocurre, por ejemplo, en el delito de peculado, en el cual el sujeto activo ha de ser el encargado de un servicio público (artículo 223 del C. P. de 1931).

Sin la institución o el interés por proteger, no habrá objeto jurídico, como la falta de propiedad o posesión en delitos patrimoniales. Se

⁹⁰ Castellanos, Fernando, op. Cit., p. 157

⁹¹ Castellanos, Fernando, op. Cit., p. 168

presentará una atipicidad por no existir objeto material sobre el cual recaiga la acción, como cuando se pretenda privar de la vida a quien ya no la tiene (en este caso tampoco hay objeto jurídico). El artículo 302 dice “Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro.”

A veces el tipo describe el comportamiento bajo condiciones de lugar o de tiempo; si no operan, la conducta será atípica; por ejemplo, cuando la ley exige la realización del hecho “en despoblado”; “con violencia”, etc. (como en el tipo del delito de asalto, a que se refiere el artículo 286; y los ilícitos contra la administración de justicia tipificados en las fracciones XIV y XVII del artículo 225 del Código Penal).⁹²

3.1.8. Causas de justificación

“Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, a saber: la antijuridicidad. En tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a Derecho. A las causas de justificación también se les llama justificantes, causas eliminatorias de la antijuridicidad, causas de licitud, etcétera.”⁹³

“Las causas que excluyen el delito son: ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, causas de inimputabilidad y causas de inculpabilidad.

Las justificantes no deben ser confundidas con otras eximentes. Hay entre ellas una distinción precisa en función de los diversos elementos esenciales del delito que anulan. Las causas de justificación, dice Soler, son objetivas, referidas al hecho e impersonales. Las de inculpabilidad son de naturaleza subjetiva, personal e intransitiva. Los

⁹² Castellanos, Fernando, op. Cit., p. 169

⁹³ Castellanos, Fernando, op. Cit., p. 177

efectos de las primeras –añade Núñez- son erga omnes respecto de los partícipes y en relación con cualquier clase de responsabilidad jurídica que se pretenda derivar del hecho en sí mismo.”⁹⁴

En el capítulo IV, causas de exclusión del delito, en el artículo 15, en las fracciones III y V se mencionan el estado de necesidad y el consentimiento, que son importantes debido a que el ejercicio profesional de los médicos está en la constante elección de un bien mayor por otro de menor valía, con respecto a los bienes de salud y vida, así como de solicitar el consentimiento de los pacientes, familiares o en su caso extremo de tomar la decisión, previa consulta con otro especialista, para llevar a cabo una cirugía o iniciar un tratamiento con medicamentos que pudieran resultar un peligro y lesionar los bienes jurídicos protegidos.

“III.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

- a) Que el bien jurídico sea disponible;
- b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo;

V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;”

Es necesario aclarar que los bienes jurídicos protegidos de la salud y la vida, son bienes no disponibles por el portador, por tratarse de bienes de interés público, que su lesión afecta a la sociedad, sin

⁹⁴ Castellanos, Fernando, op. Cit., p. 178

importar el sujeto que los porta, no obstante por ser de beneficio individual el Estado permite por exclusión especial, que los pacientes o sus familiares decidan sobre la disposición de estos bienes, amparados por las normas que rigen los límites del riesgo permitido. Debe existir, en todo caso, un consentimiento informado de paciente o familiares.

El consentimiento es irrelevante para eliminar el carácter antijurídico de una conducta, cuando de intereses particulares y colectivos se trata; no obstante a veces el interés social consiste en la protección de un derecho privado del cual libremente puede hacer uso su titular (propiedad permitida por la ley, ejercicio de una libertad individual); entonces sí cobra vigor el consentimiento del interesado o del ofendido porque significa el ejercicio de tales derechos y, por ende, resulta idóneo para excluir la antijuridicidad; lo mismo ocurre cuando el Derecho reputa ilícita una conducta sin la anuencia del sujeto pasivo.

El consentimiento informado siempre tiene que ser de forma expresa y tratándose de los servicios prestados por los profesionales de la salud están sujetos a la legislación vigente, los bienes protegidos son la salud y la vida, a los que tiene derecho cualquier ser humano, por el simple hecho de ser hombres, están inmersos en el Derecho Penal, lo que quiere decir que quien atente en contra de ellos será sancionado, recibirá una pena por parte del Estado, el consentimiento del portador del derecho a la protección de la salud y la vida otorga su autorización al médico para practicarle los procedimientos terapéuticos y quirúrgicos necesarios de acuerdo al padecimiento de que se trate, en el momento en que ingrese a un hospital, en todo caso siempre será por escrito y firmado, por el paciente o por sus familiares en el caso de que el paciente esté incapacitado legalmente o que por su padecimiento esté impedido. El documento que se presente al paciente deberá ser firmado previa información sobre los detalles de su padecimiento, los perjuicios posibles de los daños que podría ocasionarle, pero también los beneficios. En estos casos, al otorgarse

el consentimiento, está ausente el interés que el orden jurídico trata de proteger, siempre que los riesgos permitidos por la sociedad no sean rebasados. Más debe tenerse presente que generalmente los tipos penales contienen referencias tales como “falta de consentimiento” (del titular), “contra la voluntad”, “sin permiso”, etc. Entonces el consentimiento no opera para fundamentar una justificante, sino una atipicidad de la conducta. Solamente cuando en el tipo no se captan esos requisitos por darlos la ley por supuestos, será la ausencia de interés fundamento de causas de justificación.⁹⁵ No debe malinterpretarse, el consentimiento informado que otorga el paciente es con la finalidad de recuperar o restablecer su salud, o de salvar la vida, no la de destruirla. Es muy diferente cuando se trata de bienes muebles o inmuebles que puede consentirse en su destrucción, y por consecuencia su pérdida total, aquí nos referimos a los bienes materiales, que en su momento se pueden reemplazar o reintegrar. Estos derechos patrimoniales están protegidos por el derecho civil, derivados de un contrato, sin descartar definitivamente que la prestación de servicios profesionales de los médicos puede ser bajo contrato, que crea obligaciones para ambas partes. Los daños y perjuicios a los bienes protegidos, salud y vida, pueden ser reclamados por la víctima u ofendido, por las siguientes vías: penal, civil o administrativa. En el presente trabajo sólo me ocuparé de las consecuencias penales que generan los daños y perjuicios cuando un médico actúa con imprudencia. Que a nuestra consideración siempre debe ser procesado el autor por la vía penal.

“Por excepción se acepta la eficacia del consentimiento⁹⁶ presunto para excluir la antijuricidad, en aquellos casos en donde resulta lógico

⁹⁵ Castellanos, Fernando, op. Cit., pp. 180-181

⁹⁶ De acuerdo al **Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Prestación de Servicios de Atención Médica**, en su artículo 80 se establece “En todo hospital y siempre que el estado del paciente lo permita, deberá recabarse a su ingreso autorización escrita y firmada para practicarle, con fines de diagnóstico terapéuticos, los procedimientos médico

y conveniente suponerlo. Villalobos cita dos ejemplos al respecto: el del enfermo llevado al hospital cuando se halla privado de sus facultades de juicio y de consentimiento, sin posibilidad de que sus familiares o allegados le sustituyan en tales funciones y a pesar de ello se le practican las intervenciones quirúrgicas debidas, con base en la validez de un consentimiento presunto atribuido al propio enfermo; y, el caso que puede presentarse en la gestión de negocios, cuando el gestor se introduce en la morada ajena en determinadas condiciones, quedando excluida su conducta de antijuricidad, en función del consentimiento presunto del dueño de la casa... Cuando existen dos intereses incompatibles, el Derecho, ante la imposibilidad de que

quirúrgicos necesarios de acuerdo al padecimiento de que se trate, debiendo informarle claramente el tipo de documento que se le presenta para su firma. Esta autorización inicial no excluye la necesidad de recabar después la correspondiente a cada procedimiento que entrañe un alto riesgo para el paciente”. “Artículo 81.- En caso de urgencia o cuando el paciente se encuentre en estado de incapacidad transitoria o permanente, el documento a que se refiere el artículo anterior, será suscrito por el familiar más cercano en vínculo que le acompañe, o en su caso, por su tutor o representante legal, una vez informado del carácter de la autorización.

Cuando no sea posible obtener la autorización por incapacidad del paciente y ausencia de las personas a que se refiere el párrafo que antecede, los médicos autorizadas del hospital de que se trate, previa valoración del caso y con el acuerdo de por lo menos dos de ellos, llevarán a cabo el procedimiento terapéutico que el caso requiera, dejando constancia por escrito, en el expediente clínico.”

Y en su artículo 82 se mencionan los datos que debe contener la autorización: “El documento en el que conste la autorización a que se refieren los Artículos 80 y 81 de este Reglamento, deberá contener:

- I.-Nombre de la institución a la que pertenezca el hospital;
- II.-Nombre, razón o denominación social del hospital;
- III.-Título del documento;
- IV.-Lugar y fecha;
- V.-Nombre y firma de la persona que otorgue la autorización;
- VI.-Nombre y firma de los testigos.

El documento deberá ser impreso, redactado en forma clara, sin abreviaturas, enmendaduras o tachaduras.”

ambos subsistan, opta por la salvación del de mayor valía y permite el sacrificio del menor, como único recurso para la conservación del preponderante. Esta es la razón por la cual se justifican la defensa legítima, el estado de necesidad (en su caso), el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho.”⁹⁷

Es de nuestro interés la causa de exclusión del delito generada por el estado de necesidad, en donde la salvación del bien mayor se expresa bien por el ejemplo ya citado del aborto terapéutico, y también el ejercicio de un derecho a la vida y la salud.

“Nótese, para el primer ejemplo, que la salud o la vida no son bienes disponibles; por ello pudiera pensarse, a primera vista, que en tales casos el consentimiento carece de eficacia para fundamentar una justificante; mas es cierto, como enseña el profesor Ignacio Villalobos, que hay ocasiones en donde la exclusión de antijuridicidad no tiene una causa única; además del consentimiento, su razón debe ser buscada en otra justificante (estado de necesidad, ejercicio de un derecho) con base en el otro principio, en el del interés preponderante que en ciertos casos por sí mismo resulta insuficiente para excluir la antijuridicidad. Sería demasiado primitivo y totalmente antijurídico, dice el citado maestro, si, contra la voluntad del paciente, el médico que aconsejara la intervención quirúrgica, lo amordazara y condujera a la mesa de operaciones para abrirle el vientre y extraer el apéndice (que acaso ya se había amputado antes), o para suprimir otra víscera en que se había creído escuchar un “soplo” o se había palpado un “cirro”, no obstante la decisión del enfermo de aplazar la operación para consultar otras opiniones.”⁹⁸

El estado de necesidad es la justificante que libera al médico de responsabilidades frente a su paciente, cuando se ha procedido como lo señala la *lex artis* y la legislación vigente, y de acuerdo con la

⁹⁷ Castellanos, Fernando, op. Cit., pp. 181-182

⁹⁸ Castellanos, Fernando, op. Cit., p. 182

metodología expresada por Claus Roxin, los márgenes del riesgo permitido por la sociedad, el consentimiento informado de los pacientes se reduce a lo establecido por la norma, pero también el que las acciones del personal de salud no pongan en riesgo al bien protegido o en su caso incremente innecesariamente el riesgo permitido, y sólo con el fin de salvarle la vida o restablecer su salud. Sin dejar de lado, como ya se ha expresado que la negligencia inexcusable del enfermo es una excluyente.

Para la Teoría de la Imputación Objetiva los elementos objetivos percibidos por los órganos sensoriales son de primordial importancia, por lo que es imprescindible que exista un resultado material, la conducta causal y el nexo, sin éstos no será posible señalar a un culpable. Para esta teoría el dolo y la culpa es muy difícil de definir, sin embargo, los delitos cometidos por imprudencia, que se traducen en el descuido de un deber de cuidado, son considerado como culposos, y para el caso de los médicos es el eje de su ejercicio profesional. La previsión, es decir la anticipación de los resultados materiales que el médico por sus conocimientos especializados debe tener, y sabe que es un resultado mortal y que aun así continúa con la esperanza de que éste no se presente, ante el resultado material típico, es culpable por imprudencia, aunque ya está en los límites del dolo eventual. Ante la imposibilidad de la previsión, cuando hay ausencia de conocimiento o pericia el resultado material también es imputable al médico.

“El estado de necesidad es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona (Cuello Calón) Es una situación de peligro para un bien jurídico, que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico (Sebastián Soler). Von Liszt en su *Lerbuch* afirma que el

estado de necesidad es una situación de peligro actual para los intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos.”⁹⁹

“Los elementos del estado de necesidad son: a) una situación de peligro, real, actual o inminente; b) que ese peligro no haya sido ocasionado intencionalmente por el agente; c) que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado (propio o ajeno); d) un ataque por parte de quien se encuentra en el estado necesario; y, e) que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.”

“Como expresa la fórmula legal, pueden comprenderse los bienes jurídicos de la propia persona o de terceros. Finalmente, el ordenamiento precisa que quien obra por estado de necesidad no tenga el deber jurídico de afrontar el peligro y éste no sea evitable por otros medios al alcance del agente.

Pavón Vasconcelos, al hablar de los elementos del estado de necesidad, considera como tales: a) un peligro real, grave e inminente. Este elemento es común con la legítima defensa, pero mientras en ésta el peligro se origina por un acto injusto del hombre en el estado de necesidad se trata, por lo general, de un hecho o una situación no dependiente de su voluntad. La actualidad o la inminencia del peligro es un requisito fundamental, ya que si hay tiempo de evitarlo sin violencia, no podrá excusarse el acto realizado; b) ese peligro ha de recaer sobre algunos bienes jurídicos. En nuestra legislación tales bienes son la propia persona y sus bienes, o la persona o bienes de otro; c) que el peligro no haya sido provocado dolosamente d) que se

⁹⁹ Castellanos, Fernando, op. Cit., p. 197

lesione o destruya un bien protegido por el Derecho; y, e) no existencia de otro medio practicable y menos perjudicial.¹⁰⁰

“Casos específicos del estado de necesidad, a) El aborto terapéutico. Como una forma específica del genérico estado de necesidad, nuestra ley consagra en el artículo 334 la excluyente por aborto terapéutico. No hubiera sido preciso reglamentarla por separado, por caer la hipótesis prevista perfectamente dentro de la amplia fórmula de la fracción V del artículo 15. Se trata también de dos bienes en conflicto, ambos tutelados jurídicamente: la vida de la madre y la vida del ser en formación; se sacrifica el bien menor para salvar el de mayor valía.

El artículo 334 dispone: No se aplicará sanción cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora.”¹⁰¹

“Lesiones consecutivas de tratamientos médico-quirúrgicos. Para legitimar las lesiones causadas con motivo de intervenciones médico-quirúrgicas, se han sostenido diferentes criterios. Algunos las justifican por el consentimiento del paciente o de su familia. El argumento es inatendible, por ser el Derecho Penal de interés público y por lo mismo el consentimiento de la víctima o de sus representantes es irrelevante, salvo tratándose de los llamados delitos privados o de querrela necesaria, entre los cuales no figura el de lesiones; además los delitos perseguibles sólo a petición de la parte ofendida, son de dudosa técnica. Otros buscan la solución en la ausencia de dolo; también resulta ineficaz este razonamiento; para tener un delito como intencional, es suficiente que el sujeto activo se proponga producir la lesión, con independencia de la finalidad última. Se dice que esas lesiones se causan en el ejercicio de una profesión autorizada por la ley, criterio insostenible, porque entonces no quedarían amparadas por

¹⁰⁰ Castellanos, Fernando, op. Cit., p. 201

¹⁰¹ Castellanos, Fernando, op. Cit., p. 201

la justificante las situaciones de las personas ajenas a la medicina, al auxiliar a sus semejantes practicando operaciones de emergencia, propias de una profesión a la cual son completamente ajenas; se trata más bien de un estado de necesidad. Para González de la Vega la antijuricidad se ve destruida por el reconocimiento que el Estado, en las diferentes actividades, hace de la licitud de las intervenciones curativas y estéticas, o por la justificación desprendida de obrar en estado de necesidad para evitar un mal mayor.”¹⁰²

“El Código Penal reformado recoge, en forma expresa, como causa excluyente del delito, el consentimiento del interesado en la nueva fracción III del artículo 15: **“Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos: a) que el bien jurídico sea disponible; b) que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y c) que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo”**...el consentimiento del interesado opera como causa de atipicidad unas veces y otras como causa de justificación que elimina la antijuricidad. Si el tipo exige que la conducta se realice sin la anuencia del sujeto pasivo, opera una atipicidad; sólo cuando el tipo no alude en forma expresa a tal circunstancia, se integra una justificante.

¹⁰² Castellanos, Fernando, op. Cit., p. 208

3.1.9. Inimputabilidad

Para ser imputables se deben reunir cuando menos los siguientes elementos: salud mental y condición física, ser mayor de edad. Los sujetos de la ley penal son todos aquellos que cumplan con estos dos requisitos, la deficiencia mental hace inimputable a cualquier persona, y los imputables acreedores de penas pueden ser aplicadas a los mayores de edad, en nuestro país 18 años.

“...la imputabilidad es calidad del sujeto referida al desarrollo y la salud mentales; la inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad. Las causas de inimputabilidad son, pues, todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.”¹⁰³

Conclusión

En este capítulo revisamos los elementos positivos y negativos del delito. Los elementos positivos son encabezados por la conducta, sin este elemento definitivamente deja de tener sentido cualquier explicación del delito.

La conducta humana es la única sujeta de la ley penal, no obstante que debemos considerar que la omisión pensada como la ausencia de la conducta, es en realidad semejante a la acción, sobre todo en los delitos de resultado material. La ausencia de la conducta se presenta cuando el sujeto no tiene la obligación jurídica de emitirla.

La conducta se puede definir como cualquier movimiento corporal o la omisión de éste que transforma el entorno del autor, pero por los resultados que lesionan a algún bien como lo es la salud y la vida, es penada por el Estado, pero, para ser imputada a un sujeto es necesario

¹⁰³ Castellanos, Fernando, op. Cit., p. 217

que la acción u omisión dañen el bien, que no es otra cosa que el resultado material producido por el comportamiento y habiendo establecido el nexo causal, esto interpretado desde el punto de vista de la Teoría de la Imputación Objetiva, en donde además se explica que las conductas que incrementan el riesgo permitido, pertenecen al riesgo prohibido sancionado por la sociedad.

La tipicidad se refiere a que la conducta u omisión se acomoda a la descripción del tipo penal, y al ser típica es antijurídica y tenemos un imputable, responsable de la violación del deber de cuidado, y es importante destacar que hay violación del deber de cuidado, es el delito de homicidio culposo de los médicos, quienes tienen la posición de garantes con respecto a la salud y vida de sus pacientes. La imprudencia es la conducta típica, antijurídica y culpable de los médicos, el deber de cuidado se especifica en cada una de las acciones u omisiones que tienen un resultado material, pongamos por caso que si para determinar el diagnóstico de una enfermedad se requieren de estudios de gabinete complementarios y no los ordena, y su paciente muere, es culpable de homicidio culposo por no tener el cuidado de ordenar tales estudios, esa es precisamente la violación del deber de cuidado, el no indicar los estudios.

La antijuridicidad se define como lo contrario a la ley, y para no caer en el absurdo de creer que la conducta típica no viola la ley, sino que la cumple, diremos que la conducta antijurídica es contraria a la ley por responder a la descripción de la conducta en el tipo penal, por lo que siempre será castigada.

Aunque los elementos del delito son la conducta típica, antijurídica y culpable, se incluye la culpabilidad que para algunos autores es un elemento más, no obstante que es complemento de los primeros.

En la culpabilidad se incorporan los elementos subjetivos del delito, a saber el dolo y la culpa, pero, es de hacer notar que para la Teoría de la Imputación Objetiva, en realidad no importa la subjetividad del autor, lo que interesa en un momento dado son los elementos objetivos del delito, es el resultado que puede percibirse por los órganos de los sentidos.

La imputabilidad es determinada por el desarrollo psicológico y físico del sujeto, el estado psicológico debe ser saludable para ser imputable, al idiota y al demente no se le imputan los resultados de su comportamiento. El estado físico se refiere a ser mayor de edad para ser imputable, porque son incapaces los menores. Los elementos negativos de la imputabilidad son la ausencia de salud mental y la minoría de edad.

Los elementos negativos del delito, aparte de los ya mencionados de la inimputabilidad, son la ausencia de conducta, la atipicidad, y las causas de justificación.

Como ya dijimos antes, la ausencia de conducta no conduce a ninguna pena.

El comportamiento de los humanos es atípico cuando no colma el tipo penal.

Las causas de justificación para los profesionales de la salud se expresan por el estado de necesidad y el error insuperable. El ejemplo, del aborto terapéutico es el que mejor ilustra la conducta del médico en el estado de necesidad, que tiene que decidir entre un bien mayor y uno menor, aquí la vida de la madre y la del producto se enfrentan, y la decisión del profesional de la salud elige salvar la vida de la madre, por considerarla de mayor valía.

Capítulo IV. Homicidio culposo del médico y su relación con la imputación objetiva.

4. Aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva.

El fundamento de la Teoría de la Imputación Objetiva es el principio del riesgo permitido y el incremento del riesgo, en el que va implícito el principio de la disminución del riesgo, la Teoría de la Prohibición de Regreso y la Teoría del Fin de Protección de la Norma.

La Teoría de la Imputación Objetiva es posible aplicarla en todo delito de resultado material. La modificación del entorno por el que actúa debe percibirse por los órganos sensoriales, pero, además ser contrario al Derecho, según esta teoría que se fundamenta en el riesgo permitido, la conducta del sujeto que incrementa ese riesgo permitido y que lo materializa en el resultado, es imputable, para el profesional de la salud cuya actividad es tolerada por la sociedad y los conocimientos especiales que ha adquirido es permitido que lesione los bienes jurídicos tutelados por el Estado, por ejemplo, en el procedimiento quirúrgico el cuerpo del paciente es lesionado con el fin de extirpar un tumor maligno o un apéndice inflamado con riesgo de perforación y causar la muerte, es un estado de necesidad la justificante que protege al médico, no obstante, que el no seguir las guías clínicas, la norma o la literatura especializada, el resultado material que puede ser la muerte, representa un incremento del riesgo permitido, y cuando es producto de la violación del deber de cuidado, la imputación es por homicidio culposo. El deber de cuidado se particulariza en cada caso. Si el instrumentista no contabiliza los implementos antes del procedimiento quirúrgico, pero sí después, hay violación al deber de cuidado, y si a consecuencia de esto al paciente se le queda en el interior del cuerpo una gasa y muere por la infección,

se imputará por homicidio doloso, por violación al deber de cuidado en su calidad de garante.

“En primer término existe una acción (aventar el bombero al menor por la ventana); no existiendo ninguna causa que excluya su comportamiento, existe un resultado final (lesiones del menor). Lo que ahora interesa es encontrar el nexo causal.

La teoría de la Imputación Objetiva considera que un resultado sólo es objetivamente imputable a una acción humana cuando tal acción crea un peligro jurídicamente desaprobado, que se materializa en el resultado típico. Lesiones artículo 288 y 289, parte segunda del Código Penal Federal vigente.

Para fundamentar la Teoría de la Imputación Objetiva debemos analizar si la acción del autor crea un riesgo jurídicamente desaprobado o aumenta un riesgo ya existente, o adelanta la producción cronológica del resultado, y a consecuencia de él se produce el resultado típico, o sea, habrá imputación objetiva del resultado a la acción del autor.

En el caso concreto, el menor hubiera muerto con seguridad por asfixia o por quemaduras; Juan (bombero) produce el resultado lesiones, frente al riesgo muerte del menor, pero, éste disminuye el riesgo existente entre muerte y lesiones, es decir que evitó la muerte del infante.

Por lo tanto, no le es objetivamente imputable el resultado producido por su acción a Juan (bombero), porque su acción ha reducido el riesgo a que estaba expuesto el menor.”¹⁰⁴

4.1. Homicidio

En “...la descripción típica de la conducta de homicidio prevista en el artículo 302: comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro.

¹⁰⁴ Daza Gómez, Carlos. Op. Cit. pp. 97-98

Podemos apreciar la existencia de la constante genérica *el*, la cual abarca multiplicidad de personas que pueden realizar esa conducta: Luis, Pedro, Juan, Gaudencio, etcétera (particularidades), y lo mismo sucede con la constante genérica *otro*, que abarca diversidad de víctimas: otra vez Luis, Pedro, Juan Gaudencio, etcétera; precisamente, en el momento en que esas constantes genéricas se materializan en particularidades quedando sustituido *el* por Luis y el *otro* por Gaudencio, el supuesto de hecho típico pasa a ser un hecho típico, y podemos sustentar la tipicidad de la conducta de Luis por privar de la vida a Gaudencio.

Para identificar la conducta típica se necesita recurrir a los artículos de las leyes penales: en ocasiones un solo artículo describe toda la conducta típica, como sucede con el artículo 302 del Cp.(sic), que describe la conducta típica de homicidio; más otras conductas típicas requieren de la interrelación de dos o más artículos de una misma ley o más leyes; por ejemplo, para determinar si la conducta de transportar cocaína es típica se necesita relacionar los artículos 193 y 194 del Cp.(sic) con los artículos 237, 245, fracciones I, II y III, y 248, de la Ley General de Salud.”¹⁰⁵

La responsabilidad penal puede ser dolosa o culposa. Para la primera es necesaria una intencionalidad del autor de conseguir un determinado fin. El dolo, exige conciencia, conocimiento y voluntad de obtener un resultado. La culpa, por el contrario, excluye esa intencionalidad, se alcanza a través de la imprudencia, en donde caben la impericia, la negligencia, el exceso de confianza, error evitable. El fin de la actividad médica, que no es otro que el buscar el beneficio del paciente, (principio de beneficencia) excluye el dolo, ya que el médico no puede desear ni realizar conductas encaminadas a lesionar

¹⁰⁵ Díaz-Aranda, Enrique, Op. Cit., p. 185-186.

al paciente. Sin embargo, existen delitos dolosos cometidos por los médicos, evidentemente, sin intencionalidad curativa, como:

La eutanasia activa.

La práctica de abortos fuera de los supuestos de exculpación.

La omisión del deber de socorro.

Los delitos relativos a la manipulación genética.

Delitos contra la salud pública.

Delito de la revelación del secreto profesional.

Pero quizás, los más frecuentes delitos con dolo realizados por los médicos, son aquellos relacionados con actividades de carácter “administrativo” y que entrarían en el capítulo de las falsedades: certificación falsa de la suposición de parto, etc.

El médico puede cometer homicidio doloso o culposo, por acción u omisión, entre muchos ejemplos podemos mencionar: eutanasia, práctica de abortos fuera de los supuestos de exculpación, la omisión del deber de socorro, delitos relativos a la manipulación genética, delitos contra la salud pública, delito de revelación del secreto profesional, y los delitos relacionados con actividades de carácter administrativo, como la certificación falsa, suposición de parto, entre otros.

No obstante la anotación anterior sobre los delitos dolosos, se mencionan como una nota al margen, pues el interés del presente trabajo es la aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva al delito culposo del médico, el delito de homicidio culposo producido por la negligencia o impericia, que caen dentro del ámbito de la imprudencia, la impericia implica un estado de ignorancia de las técnicas médicas, mientras que en la negligencia el profesional de la medicina si posee los conocimientos de las técnicas, pero no los aplica cuando son necesarios o lo hace con descuido, descuido de un deber.

Ejemplo de negligencia, entendida como descuido, es cuando la enfermera comete un error al recoger una orden de tratamiento por escrito, que en un momento dado puede cometer cualquier persona,

sin embargo, cuando el cirujano amputa la pierna izquierda en lugar de la derecha es descuido provocado por exceso de confianza, que sólo un profesional de la salud puede cometer.

La negligencia, impericia, exceso de confianza, error evitable son especies de la imprudencia médica.

El acto médico que causa un daño es fácil de evaluar, los problemas se presentan a la hora de determinar si la conducta del profesional fue imprudente, y en este caso establecer la relación de causalidad entre la acción y el resultado material.

La conducta del médico es valorada desde el punto de vista funcionalista de la Teoría de la Imputación Objetiva, desarrollada por Claus Roxin, quien pone énfasis en la Teoría del Riesgo Permitido, en donde se explica que en toda sociedad se permite un riesgo para que esta pueda mantener su actividad social. La conducta del médico que rebasa los límites de la norma, deber objetivo de cuidado, en la prescripción de medicamentos, diagnóstico o procedimientos quirúrgicos es una conducta típica, por lo que el médico sólo estará obligado a poner los medios necesarios para prevenir los riesgo típicos, de lo contrario, no sería posible ejercer la medicina, ya que la totalidad de riesgos potenciales ante una intervención es tan elevado, que no sería posible la prevención de todos ellos.

Las fuentes de las responsabilidades de los médicos se derivan de la falta de diligencia, en los siguientes casos:

- a) Actuaciones sobre los pacientes con instrumentos contraindicados por las prescripciones de la ciencia médica.
- b) El abandono de material o instrumental en el interior del cuerpo de un paciente con ocasión de una intervención quirúrgica.
- c) Falta de cuidado y precauciones elementales en evitación de accidentes y muy particularmente en la vigilancia del enfermo o paciente.

- d) Incumplimiento de las normas de Deontología Profesional y de las disposiciones reglamentarias que afecten al servicio médico en general.
- e) No acudir al centro hospitalario el médico especialista a requerimientos del médico de guardia.

Error en el diagnóstico:

- a) El médico adopta medidas terapéuticas sin haber determinado previamente el diagnóstico.
- b) El médico establece el diagnóstico sin haber visto ni examinado al paciente.
- c) El médico emite el diagnóstico, sin haberse servido, siendo posible, de todos los medios que suelen utilizarse en la práctica profesional en casos similares.
- d) El Médico no toma en consideración, al formular el diagnóstico, sobre las eventualidades remotas, pero posibles y tenidas en cuenta tanto en el plano científico como experimental.
- e) El médico, habiendo practicado las exploraciones y análisis precisos, no los toma en cuenta o los valora de forma insuficiente a la hora de emitir el diagnóstico.

Error o fallo del tratamiento: elige tratamientos peligrosos sin que exista justificación de la utilización de medicamentos claramente contraindicados, etc.

Falta o fallo de medios técnicos: es deber profesional del médico poseer los medios técnicos necesarios y en correcto estado, para llevar a buen fin la prestación a que se ha obligado.

Violación del secreto profesional.

Incumplimiento del deber de información y ausencia del consentimiento del paciente o de sus familiares, y en caso de que esto no sea posible, la opinión de dos especialistas.¹⁰⁶

El delito de homicidio culposo, expresado en el Código Penal Federal, en su artículo 302, puede ser cometido por cualquier sujeto, por un médico, es estudiado desde diferentes metodologías, pero, el homicidio imprudencial desde el punto de vista de la teoría funcionalista de la imputación objetiva. A continuación detallaremos el delito del aborto, el cual no es considerado como un delito culposo o por imprudencia, sin embargo, a manera de ilustración de un tipo penal que no admite culpa cuando es realizado por un profesional de la salud, y que sólo acepta la imprudencia de la mujer que aborta por su propio descuido.

El aborto terapéutico o criminal es el indicado cuando es producto de la violación o pone en riesgo la vida de la madre. No es castigado el aborto causado por imprudencia de la mujer, o cuando sea producto de una violación. Las bases legales están en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y leyes secundarias en materia de aborto, como en el Código Penal Federal, artículos 329-334, y a nivel internacional en los instrumentos jurídicos que pugnan por la protección del Derecho a la Vida y los relativos a los Derechos Reproductivos de la Mujer.

“El Profesor González de la Vega expone que son tres puntos de vista desde los cuales se puede definir el aborto:

- a) En obstetricia, por aborto se entiende la expulsión del producto de la concepción cuando no es viable, o sea hasta el final del sexto mes de embarazo. El concepto médico obstétrico es más amplio que el concepto jurídico-delictivo, porque aquel no tomó

¹⁰⁶ Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal, 6 (2), Diciembre de 2001-7(1), Junio 2002, pp. 89-96, Portero Lazcano, Guillermo, Responsabilidad Penal Culposa del Médico: Fundamentos para el establecimiento de la negligencia o impericia. Disponible en: <http://www.binasss.sa.cr/revistas/rldmml/v6-7n2-1/art10.pdf>

en cuenta como éste la causa del aborto; el ginecólogo denomina aborto, tanto al espontáneo por causas patológicas como al provocado: terapéutico o criminal.

- b) La medicina legal limita la noción del aborto a aquellos que pueden ser constitutivos de delito, es decir, a los provocados, a los que se originan en la conducta intencional o imprudente del hombre; la medicina legal no atiende ni a la edad cronológica del feto ni a su aptitud para la vida extrauterina o viabilidad.
- c) Algunas legislaciones, entre ellas, la mexicana vigente, definen el delito por su consecuencia final, en este caso, la muerte del feto: “Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez” (art. 329 C. P.); la maniobra abortiva es apenas un presupuesto lógico del delito, es el modo de realizar la infracción prevista: aniquilamientos de la vida en gestación: Este es el sistema –puntualiza el profesor- más sincero y racional. Por lo que lo que desean teológicamente el abortador o la abortada, salvo casos de excepción, es la muerte del feto; es ese el objeto del delito, en el radica la intencionalidad y no en la maniobra abortiva, que es simplemente el modo de ejecución del propósito.”¹⁰⁷

En la medicina se distinguen tres tipos de aborto: espontáneo, provocado y terapéutico. El aborto provocado se define como un acto criminal, por ello está prohibido por la ley en la

¹⁰⁷ LXII Legislatura Cámara de Diputados, Regulación del Aborto en México, Estudio Teórico Conceptual, de Antecedentes Legislativos, Instrumentos Jurídicos Internacionales, Jurisprudencia y Opiniones Especializadas (primera parte), disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SAPI-ISS-32-14.pdf>

mayoría de los países, y no es aceptable desde el punto de vista médico ni moral.

Desde el punto de vista Jurídico-Penal, se distinguen cuatro tipos a saber:

1. Aborto culposo. Es el causado solo por imprudencia de la mujer. Se funda en la consideración de que cuando la mujer por sus simples negligencias o descuidos, sin intención dolosa, causa su propio aborto, resultaría inequitativo reprimirla, por ser ella la primera víctima de su imprudencia al defraudarse sus esperanzas de maternidad.
2. Aborto causal. En este tipo de aborto, se destruye la presunción de intencionalidad y no se obtiene prueba alguna de un estado culposo imprudente, y no es punible por ausencia de elemento moral
3. Por estado de necesidad o terapéutico. Esta clase de aborto es admitido prácticamente por todos los ordenamientos jurídicos, en México es aceptado cuando la vida de la madre está en riesgo de morir.
4. Aborto honoris causa. En la vía media –dice García Ramírez- Entre el aborto genérico, que sanciona con las penas normales severas, que la ley generalmente previene, y del impune, se encuentra el honoris causa, al que algunos autores prefieren denominar sólo “privilegiado”.

En la NOM-046-SSA2-2005. Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención, se encuentra lo que se define como aborto médico: y éste es la terminación del embarazo realizada por personal médico, en los términos y plazos permitidos de acuerdo con la legislación local aplicable y previo cumplimiento de los requisitos específicos establecidos en esta (Norma). Cabe señalar que

este tipo de aborto se practicará cuando se esté frente a la excluyente de responsabilidad por violación.

El médico que provoque un aborto no será sancionado si el embarazo es producto de violación, ni cuando de no provocarse la vida de la madre corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista y oyendo el dictamen de otro médico, siempre que esto fuera posible y no resulte peligrosa la demora.

El tipo penal de aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.

La Teoría de la Imputación Objetiva expresa que para imputar a un sujeto por una acción delictuosa, en los delitos de resultado es necesario, que la conducta sea típica, que provoque un resultado material, y se establezca un nexo causal.¹⁰⁸ Que el comportamiento del profesional de la salud incremente el riesgo permitido por la sociedad, expresado en la norma jurídica, que violente su deber de cuidado.

Los diferentes autores que han tratado la imputación objetiva, suelen dividir el juicio de imputación a realizar en varias fases: creación de un riesgo; realización del riesgo en el resultado; y pertenencia del resultado al ámbito de protección de la norma penal. En la determinación de si esa lesión es la realización de la conducta imprudente se darán los casos de riesgos concurrentes o concausas. Pero antes, en sede de delitos imprudentes, habrá que dilucidar la cuestión de la lesión del deber objetivo de cuidado. La

¹⁰⁸ Martínez Escamilla, Margarita, op. cit., p. 75, "Cuando a la realización de la acción le sigue la producción del resultado típico las dificultades tampoco parecen excesivas: si entre acción y resultado existe relación de causalidad, por regla general, se afirmará la imputación objetiva de la lesión."

imprudencia se define no solo por la falta de cuidado del deber, sino por la ausencia de la previsibilidad, y en su calidad de garante, el médico, tiene la responsabilidad de evitar el resultado material que dañe el bien jurídico tutelado.

El aborto es considerado un delito doloso por el Código Penal Federal, la única imprudencia aceptable, por excepción, es la de la mujer que aborta por su propio descuido, sin punición (CPF, artículo 333). El aborto provocado por el médico siempre será doloso. Según los artículos 330 y 331 del Código citado: al médico que hace abortar a una mujer con su consentimiento, se le aplicarán de uno a tres años de prisión, en ausencia del consentimiento la prisión será de tres a seis y si hubiere violencia física o moral de seis a ocho años de prisión, pero, además se le suspenderá de dos a cinco años en el ejercicio de su profesión.

En 1970 Roxin expresa el eje de la Teoría de la Imputación Objetiva a partir de la creación de un riesgo jurídicamente relevante de una lesión típica del bien jurídico, que en el delito de homicidio es la vida, y la lesión del bien jurídicamente protegido es el resultado material de quitar la vida a otro, la conducta es típica, antijurídica y culpable cuando está fuera del alcance de la norma que señala el riesgo permitido.

El médico que prescribe medicamentos, elabora un diagnóstico o realiza una cirugía, procedimientos por los que se causa la muerte del paciente es responsable de homicidio culposo, si no se demuestra la intención de matar, la imprudencia en la que se inserta el error, la impericia, negligencia y exceso de confianza son producto de la violación del deber de cuidado indicado en la norma, en las guías clínicas y la literatura especializada, es la *lex artis ad hoc*. La utilización de instrumental quirúrgico sin esterilizar por parte del cirujano, es incrementar el riesgo de infecciones que pueden producir la muerte del paciente; sin la verificación del cirujano es exceso de confianza, es la

creencia de que los involucrados en el procedimiento quirúrgico han hecho lo que les corresponde, y de acuerdo con los principios de la Teoría de la Imputación Objetiva el responsable siempre será el cirujano, pues el resultado mortal ha sido alcanzado por la realización de un peligro creado por el autor y no abarcado por el riesgo permitido, el requisito es la comprobación de que el resultado es obra del autor, a menos que el instrumentista haya actuado por propio riesgo, entonces éste será el responsable, esto quiere decir que el cirujano haya verificado la esterilización y el instrumentista cambie los instrumentos asumiendo que es inútil la esterilización. La actuación por riesgo propio es asumir el papel de jefe, quien dirige la acción con el apoyo de subordinados.

Así quedó expresado en la NOM-026-SSA3-2012, Para la práctica de la cirugía mayor ambulatoria.

“5.4. El personal del área de la salud responsable de la práctica de la cirugía mayor ambulatoria, es el médico especialista en alguna rama de la cirugía, con certificado de especialización expedido por una institución de enseñanza superior o institución de salud reconocida oficialmente y cédula de especialista expedida por la autoridad educativa competente.

5.4.1. Los médicos en proceso de formación de una especialidad quirúrgica, únicamente podrán atender a pacientes, acompañados y supervisados por un especialista en la materia, excepto cuando se encuentre en riesgo inminente la vida del paciente.”

Los principios propuestos por Roxin para determinar el juicio de imputación objetiva del resultado son los siguientes: a) la disminución del riesgo; b) la creación de un riesgo jurídicamente relevante; c) el incremento del riesgo permitido y d) la esfera de protección de la norma.

El tipo objetivo de los delitos culposos o imprudentes exige la presencia de dos elementos: a) la violación de un deber objetivo de cuidado, plasmado en normas jurídicas, normas de la experiencia, normas del arte, ciencia o profesión, y b) la producción de un resultado típico imputable objetivamente al autor por haber creado o incrementado un riesgo jurídicamente relevante.

El comportamiento considerado imprudente del médico causa de la muerte de uno de sus pacientes será sancionado en el momento en que se compruebe que dicho resultado no se hubiera producido con el comportamiento alternativo correcto.

“El razonamiento que conduce a este aserto es fácil de entender: si entre imprudencia de la conducta y resultado ha de existir una específica relación, de tal manera que el resultado sea la manifestación de la lesión del deber objetivo de cuidado, habrá que negar en el supuesto concreto la existencia de dicha relación cuando, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, el resultado también se hubiera producido con el comportamiento correcto.”¹⁰⁹

Así en el ejemplo del instrumental sin esterilizar y la consecuente muerte del paciente por infección de las heridas causadas por la cirugía, habría que demostrar que el resultado hubiera sido el mismo habiendo utilizado instrumental esterilizado, lo que permitiría propugnar el castigo por homicidio imprudente, si es por exceso de confianza al médico titular, si por riesgo propio del estudiante de la especialidad a éste. Actualmente la probabilidad y el peritaje permiten la seguridad de averiguar con certeza los niveles de riesgo presentes en los resultados de procedimientos quirúrgicos y tratamientos. Después de todo la Teoría del Incremento del Riesgo se asienta en las hipótesis de si el resultado es producto del comportamiento alternativo o el correcto dando respuesta al supuesto mental que retira la conducta imprudente por la correcta. Demostrado objetivamente que la

¹⁰⁹ Martínez Escamilla, Margarita, op. Cit., p. 79

conducta imprudente es causa del resultado mortal, el médico, es imputado y procesado por homicidio culposo, es decir, los elementos objetivos de la norma son los determinantes, cuando el comportamiento es típico, antijurídico, y culpable, lo que expresa es que la acción u omisión se ha salido del riesgo permitido socialmente, al final el comportamiento alternativo sólo es un supuesto que por su propia naturaleza niega la Teoría de la Imputación Objetiva, con esto se confirma que al médico se le imputará siempre que su comportamiento tenga un resultado material contrario a la norma, a las guías clínicas y literatura especializada.

El nexo causal hará responder al médico por el resultado material cuando se materialice el riesgo en el resultado típico, que la norma infringida trataba de impedir y que convierte la conducta en delito, pues el fin de la norma señala el riesgo permitido, pero al mismo tiempo el no permitido.

4.2. Imprudencia médica.

Imprudencia médica.¹¹⁰ La imprudencia en el ejercicio profesional del médico se produce en el momento en que rebasa los límites del

¹¹⁰ Posse, Verónica, La determinación del deber de cuidado siempre es objetiva y las capacidades especiales del sujeto carecen de incidencia a nivel de la tipicidad. Especial enfoque desde el ámbito de la medicina. Presentado en la Uba, en el marco de la especialidad en "Derecho Penal, Materia Derecho Penal Parte General, Cátedra a cargo del Dr. Edgardo Donna. Disponible en:

[http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/19082012/dp-](http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/19082012/dp-deber_cuidado_objetiva.pdf)

[deber_cuidado_objetiva.pdf](http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/19082012/dp-deber_cuidado_objetiva.pdf) "Si bien el delito doloso y el delito imprudente tienen la misma estructura en el esquema propuesto por la teoría del delito, la relevancia jurídica de la voluntad en estos no surge directamente de lo querido, sino de la comparación con respecto al comportamiento debido. El Juez no crea la norma sino que debe buscarla dentro del ordenamiento vigente y cotejarla con la conducta sometida a juzgamiento.

Se afirma en doctrina que la imprudencia es un problema que se resuelve a nivel de tipicidad, definiéndose al delito imprudente como la infracción de las normas de cuidado o diligencia debida que produce el resultado típico. ROXIN, propone sustituir el criterio de infracción del

deber de cuidado, que no es otra cosa que una norma que establece los protocolos de cualquier procedimiento quirúrgico, de anestesia, del manejo de equipo, de prescripción de medicamentos, etc., es presupuesto que el médico requiere de conocimientos especiales mínimos y para desempeñar su profesión tiene que cumplir con todos los reglamentos y circulares o responsivas que tenga que poner en conocimiento al paciente antes de realizar una operación, y cumplir con el mínimo de conocimientos especiales para poder realizar cualquier tipo de operaciones, si el paciente muere o se le provoca una lesión por causas no imputables a su intervención, sino que fue por la intervención de otro médico en ese momento, se tiene que comprobar de acuerdo con los conocimientos especiales y la *lex artis*,¹¹¹ que el médico cumplió con sus funciones de acuerdo con las responsivas que le debió poner en conocimiento al paciente.

Así pues, queda claro que si el médico no cumple con la normativa estipulada dentro de la medicina legal para realizar procedimientos

deber de cuidado por los criterios de imputación objetiva, en especial riesgo permitido y fin de protección de la norma. Básicamente, se acepta que la tipicidad del delito imprudente requiere que el autor haya infringido un deber de cuidado debiendo hallarse el mismo en cada tipo penal en particular. La violación al deber de cuidado deviene no solo de la infracción a disposiciones legales sino también de las llamadas “normas de tráfico” o conjunto de “reglas sociales”; discutiéndose el carácter objetivo del mismo en cuanto a su determinación.”

¹¹¹ Posse, Verónica, La determinación del deber de cuidado siempre es objetiva y las capacidades especiales del sujeto carecen de incidencia a nivel de la tipicidad. Especial enfoque desde el ámbito de la medicina. Presentado en la Uba, en el marco de la especialidad en “Derecho Penal, Materia Derecho Penal Parte General, Cátedra a cargo del Der. Edgardo Donna. Disponible en:

http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/19082012/dp-deber_cuidado_objetiva.pdf

“Cuando de actos relacionados con la actividad medicosanitaria se trata, la primera referencia a los fines de determinar la norma infringida es la llamada *lex artis*, la que, sin perjuicio de ser un concepto dinámico –debido a los avances científicos– puede ser definida como aquella suma de reglas generales de carácter técnico, máximas de experiencia y conocimientos emitidos que han sido aceptados y aprobados por la comunidad científica y que resultan aplicables al conjunto de la actividad médico-sanitaria”

quirúrgicos y no comprueba sus conocimientos especiales, es sancionado,¹¹² sin embargo, ¿cómo comprobar que el médico tenía la intención de matar o lesionar al paciente? Se tiene que entrar al estudio subjetivo de la persona, situación que es casi imposible saber, si el médico quería causarle una lesión o matarlo.

- a) En los delitos culposos no existe iter criminis (no hay maquinación para cometer la conducta), simplemente por la falta de cuidado o se pudo prever lo previsible, se origina una conducta;
- b) El dolo del médico se presume desde el momento en que no se apega a los criterios permisibles que debe conocer de acuerdo

¹¹² Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2009, p. 3850. "Usurpación de funciones públicas o de profesión. I. La usurpación, es decir, la atribución falsa o sin justo título de una característica que es ajena al sujeto, es sancionada con pena de prisión de uno a seis años y multa de cien a trescientos días en tres casos: las funciones públicas, el ejercicio profesional y el uso de condecoraciones o uniformes (a. 250 CP). El bien jurídico tutelado por este precepto es la fe pública y la seguridad jurídica que de ella se desprende.

II.-Para que se tipifique el delito de usurpación de funciones públicas, la conducta del delito debe contener dos elementos: la atribución del carácter de funcionario público y el ejercicio de alguna de las funciones que a tal carácter competen (fr. I.).

De tal suerte, explica Jiménez Huerta (p. 249) que aquellos que se ostentan como funcionarios públicos sin ejercer ninguna de las funciones del cargo quedan fuera del precepto penal.

La usurpación de profesión se tipifica cuando el agente del delito, sin poseer "título profesional o autorización para ejercer alguna profesión reglamentada expedidos por autoridades u organismos legalmente capacitados para ello", se atribuya el carácter de profesional, realice actos propios de una profesión, ofrezca públicamente sus servicios como profesional, use un título o autorización para ejercer sin derecho, o se una a otros profesionales autorizados o administre una asociación profesional, con el objeto de lucrar o ejercer la profesión. La Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional establece que requieren título para su ejercicio las profesiones de: ...cirujano dentista,...médico... (a. 2º Ley Reglamentaria). Entendiendo por título: "el documento expedido por instituciones del Estado o descentralizadas y por instituciones particulares que tengan reconocimiento de validez oficial de estudios, correspondientes o demuestre tener los conocimientos necesarios de conformidad con esta ley y otras disposiciones aplicables" (a. 1º).

Jiménez Huerta (p. 250) explica que las hipótesis contenidas en la fr. II del a. 250 del CP son acumulativas y basta una sola para que se integre el delito."

con su profesión, y a consecuencia de ello lesiona o mata al paciente.

La ley¹¹³ obliga al médico a dar al paciente una respuesta o poner en su conocimiento de toda la mecánica de la operación y acreditar que es especialista en el área correspondiente, si no lo hace, falta a los criterios permisibles que lo amparan para ubicarse dentro del riesgo permitido.

“El caso de la novocaína. El médico había empleado para anestésicar una inyección de cocaína en vez de novocaína, que era lo indicado médicamente. Ello era un fallo profesional, y el paciente murió a consecuencia de la inyección. Posteriormente, se puso de manifiesto que, dada la constitución física del paciente, posiblemente el empleo de novocaína, por el que no se le hubiera podido reprochar nada al médico, también habría provocado la muerte.

Inicialmente, una violación a la *lex artis* en el presente caso por cuanto hace al no acatamiento de su reglamentación por parte del médico al generar un riesgo prohibido que ocasionó una lesión al bien jurídico tutelado, hasta aquí el médico tiene una responsabilidad negligente al no acatar sus conocimientos especiales y emplear un medicamento que no era el correcto; sin embargo, se comprueba que el empleo tanto de novocaína como de cocaína causaba la muerte del paciente, por lo cual el médico debería absolverse.

De esta manera, el mecanismo adecuado para resolver este caso utilizado por el tribunal alemán, si bien es cierto justifica que aun y cuando se empleó otro medicamento que no era de acuerdo con la *lex*

¹¹³ En México la legislación sobre las actividades profesionales de la medicina incluyen “las cartas de consentimiento informado” en la NORMA Oficial Mexicana NOM-004-SSA3-2012, Del expediente clínico. Incorporan en el inciso “**4.2 Cartas de consentimiento informado**, a los documentos escritos, signados por el paciente o su representante legal o familiar más cercano en vínculo, mediante los cuales se acepta un procedimiento médico o quirúrgico con fines diagnósticos, terapéuticos, rehabilitatorios, paliativos o de investigación, una vez que se ha recibido información de los riesgos y beneficios esperados para el paciente.”

artis médica empleado para esa operación en particular, también lo es que ocasionaba la muerte de la persona; en caso contrario, hubiera sido que de acuerdo con la sustancia suministrada, el médico por su negligencia o intención por cuanto hace a que de acuerdo con sus conocimientos especiales conocía las reacciones que podían pasar, omitió cierta situación, causando la muerte por suministrar un medicamento no permitido de acuerdo con su *lex artis*, generando un riesgo prohibido.

La importancia de la aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva en este tipo de conductas penales amplía el margen de estudio para una mejor interpretación de las autoridades al momento de dictar una sentencia o determinación, ya que se debe tomar en cuenta que la conducta dentro del rol de comportamiento del protagonista puede ser de acción o de omisión, y sigue siendo una conducta que ocasiona una lesión al bien jurídico tutelado.”¹¹⁴

El médico que realiza un procedimiento quirúrgico tiene la responsabilidad de las lesiones ocasionadas en el cuerpo del paciente, conducta que no es imputable cuando se ha hecho con consentimiento del mismo o de alguno de sus familiares, es decir, que la acción típica, originalmente antijurídica, no es imputable al autor, aunque las lesiones lesionen al bien jurídico tutelado: la salud. La norma protege al cirujano siempre que éste haya realizado la operación conforme a la *lex artis* o a la norma. Por ejemplo, la Norma Oficial Mexicana NOM-026-SSA3-2012, Para la práctica de la cirugía mayor ambulatoria, que define a la cirugía mayor ambulatoria en su inciso “4.3. **Cirugía mayor ambulatoria**, a los procedimientos quirúrgicos que se llevan

¹¹⁴ Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Capítulo Tercero, La aplicación de la imputación a la víctima en delitos de resultado, I. Reflexión de la imputación objetiva en delitos de resultado, pp. 138-139 disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3537/5.pdf>

a cabo bajo diversos tipos de anestesia que no requieren de cuidados postoperatorios especiales, ni prolongados y el paciente puede ser dado de alta en un lapso no mayor de 12 horas, a partir del ingreso a la unidad de cirugía mayor ambulatoria.” Para lo que el médico debe observar estrictamente el deber de cuidado, señalado, tal como el de que el paciente no requiera de cuidados postoperatorios especiales, ni prolongados de más de 12 horas a partir de su ingreso, si el paciente no cumple con los requisitos como el de estar en ayuno de 8 horas y tener los estudios de laboratorio necesarios y es intervenido con la consecuente agravación, el cirujano es responsable por imprudencia y la falta de cuidado.

El permitir el egreso del paciente de la unidad hospitalaria sin el familiar que lo debe acompañar, es violatorio del deber de cuidado.

“El cirujano que realiza una operación irreprochable de acuerdo con la *lex artis*, en la que muere el paciente, no lleva a cabo una acción homicida, aunque la muerte del paciente sea una muerte querida.

De acuerdo con la norma extrapenal, el cirujano actuó conforme a las reglamentaciones que le confiere su *lex artis*; esto es, siguió todos los métodos que de acuerdo con los conocimientos especiales se encuentran estipulados. Es importante manifestar que con la aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva se logra un mayor esclarecimiento de los hechos al valorar el desempeño de las personas protagonistas que externaron su consentimiento al sujetarse por un lado a la operación y por otro lado, a realizar la intervención quirúrgica.

La aplicación de la imputación objetiva en delitos de negligencia médica no omite valorar los elementos del dolo del sujeto activo, sino que también estudia hasta dónde llega el riesgo permitido del médico

que en este caso de acuerdo con la norma extrapenal desempeña su función dentro del ámbito permitido.”¹¹⁵

La Teoría de la Imputación Objetiva permite el análisis y deslinde de las responsabilidades de cada uno de los participantes e imputa a cada uno según haya intervenido, la acción causa de un delito imprudente será imputada solo al autor cuando se demuestre que por ignorar el deber de cuidado, que es la norma, el delincuente causó una lesión al bien jurídico. Puede darse el caso que el autor incrementó el riesgo permitido, es decir, que no siguió las indicaciones de la NOM correspondiente, razón por la cual el paciente pierde la función de un órgano, incluso el órgano mismo, o muera. Un ejemplo hipotético, el paciente debe ser operado del ojo izquierdo y se le opera el ojo derecho, para remediar el error médico, inmediatamente se le practica el procedimiento en el ojo izquierdo, con la consecuente pérdida de la visión de ambos ojos. El médico será responsable de negligencia por no revisar, antes de la operación, el expediente clínico.¹¹⁶

“El 4 de septiembre fue trasladada al hospital, Luisa, de Victoria, la cual fue atendida en el servicio de guardia por un médico que hizo concurrir al cirujano de guardia, doctor Calixto Fernández. El

¹¹⁵ Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Capítulo Tercero, La aplicación de la imputación a la víctima en delitos de resultado, I. Reflexión de la imputación objetiva en delitos de resultado, pp. 140, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3537/5.pdf>

¹¹⁶ Norma Oficial Mexicana NOM-004-SSA3-2012, Del expediente clínico. Se expresa, en la introducción de esta norma y se repite en el inciso 4.4, que “El expediente clínico es un instrumento de gran relevancia para la materialización del derecho a la protección de la salud. Se trata del conjunto único de información y datos personales de un paciente, que puede estar integrado por documentos escritos, gráficos, imagenológicos, electrónicos, magnéticos, electromagnéticos, ópticos, magneto-ópticos y de otras tecnologías, mediante los cuales se hace constar en diferentes momentos del proceso de la atención médica, las diversas intervenciones del personal del área de la salud, así como describir el estado de salud del paciente; además de incluir en su caso, datos acerca del bienestar físico, mental y social del mismo.”

diagnóstico fue apendicitis aguda con posible peritonitis. Relata que la intervención quirúrgica la realizó el doctor Duarte, y que en la parte del médico no se consignaron los nombres del anestésista y de los ayudantes.

El 11 de septiembre fue dada de alta, con la indicación de limpiar la herida y tomar calmantes; sin embargo, el día 12 del mismo mes el dolor era insoportable, y el 15 de septiembre fue internada de urgencia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación determinó que del análisis entre la conducta obrada y la exigible conforme a derecho evidencia un grado de culpabilidad que no encuentra eximente probada por la demandada, conforme era su carga hacerlo; asimismo, en el caso concurre, además, el incumplimiento del deber de seguridad, cuyo contenido es un resultado determinado, consistente en que las cosas que se utilicen para el beneficio del paciente no le causen daño, evaluando una relación de costos y beneficios.

Por ello, el olvido de una gasa dentro del paciente no es un riesgo que debe ser soportado según las reglas del derecho vigente (*lex artis*). En este sentido, no se ha demostrado la existencia de un hecho imputable al paciente con aptitud para eximir la responsabilidad de los inculpados.”¹¹⁷

La negligencia inexcusable del paciente, según el Código Civil en su artículo 1913, libera al médico de responsabilidad, el mencionado artículo, a la letra dice: “Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese

¹¹⁷ Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Capítulo Tercero, La aplicación de la imputación a la víctima en delitos de resultado, I. Reflexión de la imputación objetiva en delitos de resultado, pp. 142-143, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3537/5.pdf>

daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.” No obstante, el ejemplo que se describe hace referencia a un descuido por parte del cirujano, quien olvidó la gasa en el interior del cuerpo del paciente, y por la violación a ese deber de cuidado es responsable de un delito de lesiones por negligencia médica. Según la Teoría de la Imputación Objetiva el médico será sancionado por haber puesto en peligro un bien jurídico tutelado, de acuerdo con la Teoría del Incremento del Riesgo el poner en peligro la vida del paciente al olvidar una gasa que le pudo ocasionar la muerte. La acción del médico se sale del principio del riesgo permitido socialmente, cuyos límites son establecidos por las NOMs, la cirugía fue realizada conforme a los señalamientos normativos que mediante el consentimiento del paciente le permiten al médico causarle lesiones corporales permitidas por la ley con el fin de restablecerle la salud, por ello no hay reproche, pero, el olvido de la gasa incrementa el riesgo, sancionado por estar fuera de lo socialmente permitido.

“El 25 de enero de 2002, en la consulta de la calle Maldonado, núm. 59, a las diecisiete horas, la señora C fue atendida por el doctor S, quien para realizarle la intervención la condujo a una sala, en la que carecía de las condiciones necesarias de asepsia y de los medios materiales y humanos para controlar las constantes de la paciente y atender, si fuera necesario, cualquier complicación; así, el doctor, tras marcar con un rotulador verde en el cuerpo de la señora C las zonas a tratar como abdomen, caderas y muslos, procedió a infiltrarle la anestesia local, anestesia que previamente se había preparado, sin que se haya acreditado si el preparado lo realizó unos días antes la auxiliar de la clínica que trabajaba en la consulta.

Cuando el doctor había realizado varias infiltraciones, la paciente comenzó a convulsionar violentamente. En esos momentos el doctor interrumpió la intervención y comenzó a tratar de reanimar a la paciente con los medios que tenía a su alcance. Llamaron inmediatamente a la ambulancia. La paciente se encontraba en parada cardiorrespiratoria

con cianosis intensa, asistolia. Realizaron maniobras de reanimación durante 30 minutos, que resultaron infructuosas, dado que la paciente ya había fallecido.

Las explicaciones realizadas por los forenses de formas objetivas y avaladas por otras intervenciones periciales permiten llegar a la conclusión de que la causa de la muerte de la persona fue una administración de los componentes de la anestesia en niveles tóxicos. Asimismo, el acusado desconocía el contenido del preparado que se le administró a la paciente, que de forma irregular el preparado de anestesia se realizaba una vez a la semana y se conservaba en la nevera en una bolsa que únicamente ponía suero preparado y la fecha, no constando los componentes del preparado.

El Juzgado de lo Penal núm. 21 de la ciudad de Madrid, mediante la sentencia 268/06, determinó que la conducta del acusado no sólo acaba en la realización de un acto quirúrgico en un lugar no adecuado y sin las condiciones y previsiones necesarias, sino además la administración de un suero anestésico del que el acusado desconocía su composición, y resultó en niveles tóxicos, que produjo fatal desenlace, adquiriendo especial importancia la situación de riesgo creado con el comportamiento imprudente afecta a bienes de primer interés.

Por ello, la jurisprudencia española viene insistiendo en que la imprudencia profesional sólo supone un plus de antijuridicidad consecutivo a la infracción de la *lex artis* y de las precauciones y cautelas más elementales, imperdonables e indiscutibles a personas que perteneciendo a una actividad profesional deben tener unos conocimientos propios de una actividad profesional.¹¹⁸

¹¹⁸ Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Capítulo Tercero, La aplicación de la imputación a la víctima en delitos de resultado, I. Reflexión de la imputación objetiva en delitos de resultado, pp. 144-145, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3537/5.pdf>

Los profesionales de la salud, tienen la responsabilidad por su calidad de garante de cuidar de la salud de los pacientes, derivada de los conocimientos especiales que tienen. La calidad de garante es el deber de evitar lo evitable en los pacientes, es cuidar el bien jurídico tutelado hasta donde alcancen sus conocimientos médicos especiales adquiridos, un profesional especializado en cualquier rama de la medicina tiene el deber de cuidar la salud de su paciente, pero cuando esto no sucede por descuido de ese deber entonces el médico es responsable por imprudencia, sea esta por falta de conocimiento, impericia, exceso de confianza o error. El exceso de confianza del médico se produce al creer en que los otros que participan en la acción médica han hecho lo necesario y de acuerdo con la normatividad lo que les corresponde.

Por lo anterior reiteramos la necesidad de evitar la resolución de las controversias jurídicas de los médicos por intermediación de la CONAMED, institución administrativa que pertenece al ejecutivo federal, es el poder judicial el que debe solucionar estos conflictos, por la trascendencia de los daños a la salud de los pacientes y por la corrupción que prevalece en ese organismo.

4.3. Descuido o error médico.

El error del profesional de la salud se considera como la percepción equivocada de la realidad, es el acto del médico que se lleva a cabo sin los conocimientos apropiados para proseguir un tratamiento en base a la prescripción o procedimientos quirúrgicos. El error de los médicos tiene consecuencias legales que repercuten en la suspensión temporal o permanente del ejercicio profesional por mala praxis, por no seguir la *lex artis ad hoc* y las normas oficiales mexicanas para la prestación del servicio médico, y todas aquellas que se relacionan con la aplicación de los conocimientos médicos, con el único fin de restablecer la salud de los pacientes que tienen a su cargo. La opinión

de algunos médicos se inclina por la exclusión del ejercicio profesional del personal de salud de la ley penal, sin embargo, esto no es posible debido a que los bienes jurídicos tutelados por el Estado son de interés público, la salud y la vida. La Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED) tiene esta opinión. Esta actividad profesional debe ser vigilada por el poder judicial sin restricción alguna, y precisamente por los bienes jurídicos protegidos que tienen el deber de cuidar por su posición de garante, que son la salud y la vida de sus pacientes.

Por tal motivo los errores que cometen los médicos tienen que permanecer en la legislación penal y ser castigados por ello. El deber de cuidado de los médicos esta en las normas y quien las transgrede es absolutamente responsable de su violación, es un acto típico, antijurídico y culpable, por lo tanto punible.

En el presente trabajo de investigación se establecen los lineamientos para la aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva específicamente al homicidio culposo cometido por los profesionales de la salud, que según el Código Penal Federal, en el artículo 60, primer párrafo, el delito de homicidio es considerado como un delito cometido por imprudencia, es decir, culposo. Al que cometa este delito se le impondrá hasta la cuarta parte de la sanción por delito doloso.

La Teoría de la Imputación Objetiva que propone Claus Roxin, es funcionalista, y finca las bases para la prevención del delito y la reinserción del delincuente, desde su propio punto de vista incorporado en la legislación penitenciaria de nuestro país, se refiere a la imputación de los actos delictivos que comete cualquier persona, en los delitos de resultado, expresado en la Teoría del Incremento del Riesgo, por la Teoría del Riesgo Permitido, Teoría del Fin de Protección de la Norma, Teoría de la Prohibición de Regreso (esta teoría es propuesta por Ghünther Jakobs, con la misma orientación metodológica de Roxin), quien también nos indica que el rol social es el límite que todos los ciudadanos deben cumplir para no resultar un peligro. Los principios y teorías que proporciona Roxin, en este trabajo

son preferibles a los de Jakobs, quien propone la Teoría de la Prohibición de Regreso y el principio del rol social que cada uno de los integrantes de la sociedad, por lo que es conveniente mencionar que estos autores son de la misma orientación metodológica que es el funcionalismo, en donde el punto central es la prevención y la reinserción social del delincuente, dependiendo del riesgo que represente para la sociedad.

Como se observa la Teoría de la Imputación Objetiva se explica por el resultado de la conducta que esta fuera del deber de cuidado, señalado en la norma, sin más el médico que no respete sus límites comete un delito penal y debe ser castigado.

El delito culposo del médico se ubica en la imprudencia, ya sea por negligencia, impericia exceso de confianza o error.

Sus actos típicos pueden no ser antijurídicos si están protegidos por una causal de justificación, como sería el estado de necesidad y el error invencible o en el marco del riesgo permitido, expresado en la norma.

Es relevante el error de tipo y de prohibición, los que a continuación detallaremos, debido a que el profesional de la salud comete con frecuencia errores de esta naturaleza. El error de tipo se presenta cuando el sujeto no percibe correctamente la realidad y cree en una realidad que no existe, en el de prohibición actúa creyendo que su acto es protegido por una causal de justificación, ambos tipos de error son inevitables y evitables, que conduce al actor a diferentes situaciones jurídicas. El error de tipo cuando es inevitable es excusable, en definitiva, cuando es evitable se constituye el dolo. El error de prohibición inevitable es inconcebible, por el principio de que ninguna persona

puede alegar el desconocimiento de la ley, el evitable concluye con la penalización por delito culposo.

4.3.1. Error de tipo¹¹⁹

¹¹⁹ Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2009, pp. 1529-1530 “**ERROR**. I. En derecho penal, ausencia de conocimiento o conocimiento falso sobre los elementos requeridos por la definición legal del delito o sobre el carácter prohibido de la conducta en que éste consiste.

II. Ha sido tradicional distinguir, no ya sólo en el ámbito de la pena sino en el de todo el ordenamiento jurídico, entre error de hecho y error de derecho, es decir, entre el que versa sobre las condiciones exigidas en el hecho y el que recae sobre la norma de derecho misma.

A esta distinción se ha asociado también tradicionalmente el aserto de que, mientras el primero excusa, no ocurre así con el segundo, conforme a la máxima prevaleciente durante siglos, en la legislación y en la jurisprudencia, de que la ley se presume conocida de todos y de que su ignorancia, por ende, no exime de su cumplimiento. **Así, si el tipo de delito consistiera en tener cocaína, aprovecharía al reo ignorar que el polvo blanco que detenta es cocaína, pero no ignorar que tener cocaína es un delito. Tal distinción entre error de hecho y error de derecho se ha visto modernamente sustituida en el derecho penal por la más exacta de error de tipo y error de prohibición.** En verdad, los elementos que integran el tipo objetivo suelen no ser solamente hechos, sino también relaciones jurídicas, como la ajenidad de la cosa en el robo y el vínculo de parentesco en el incesto. A su vez, la equivocada apreciación de elementos de hecho suele hallarse en la base de un error acerca de lo prohibido, como acontece, p. e. en la errada apreciación de una situación de peligro que no es tal y que induce al agente a obrar o reaccionar de un modo en verdad no justificado.

En tal virtud, el error de tipo lo contempla el inciso a de la fr. VIII del a. 15 como causa de exclusión del delito: “se realice la acción o la omisión bajo un error invencible: a) sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal”. En razón de ello, si el agente ha incurrido en error inevitable o invencible, la eliminación del dolo no deja residuo punible alguno. Si el error se origina en haber dejado de observar el cuidado debido, ha de estarse al correspondiente tipo de delito culposo “si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este código” (último pfo. de la fr. VII del a. 15); “en caso de que el error a que se refiere el inciso a de la fracción VIII del artículo 15 sea vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización”.

Por lo que concierne al error de prohibición, la máxima *error juris innoxet* ha quedado modernamente proscrita, por su manifiesta injusticia. También puede aprovechar al reo esta clase de error. Ahora bien, quienes piensan que el dolo incluye tanto el conocimiento de los

“El error de tipo es el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo. Es decir, el error de tipo es la falla de la conciencia de los elementos del tipo penal, ya sea por error o por ignorancia. La diferencia con el error de prohibición, está dada porque, en éste, lo que desconoce el sujeto es la antijuridicidad de su conducta. De ahí que se pueda afirmar que el error es el desconocimiento de las circunstancias objetivas del tipo.”¹²⁰

elementos del tipo objetivo como el de la antijuridicidad concluyen que el error sobre esta última elimina el dolo, con los mismos efectos antes indicados: exclusión de toda responsabilidad, si el error es invencible, y subsistencia de responsabilidad a título de culpa, si, siendo el error vencible, se dan los extremos de esta forma de realización. Quienes estiman, en cambio, que la conciencia de la antijuridicidad no pertenece al dolo, sino a la culpabilidad, entienden ésta eliminada si el error sobre la prohibición era invencible y la ven disminuida, si era vencible.

Esta evolución y sus consecuencias jurídicas han quedado netamente plasmadas en la fr. VIII del a. 15 del CP, en las reformas de 1984 y 1993.

III. Aparte de estas dos formas principales de error, cabe mencionar aun la llamada *aberratio ictus*, el error en el objeto y el *dolus generalis*. La primera, también llamada error en el golpe, ello es, en la ejecución (se dirige el arma sobre quien se quiere y se marra el disparo matando a otro), no debe, según una parte de la doctrina, suscitar cuestión alguna, pues se quiso matar y se mató, cometiéndose homicidio doloso, al paso que, para otra parte de la doctrina, ha de conducir el castigo, en concurso ideal, por tentativa de homicidio y homicidio culposo, si se dan los extremos de la culpa respecto de la muerte acaecida. El segundo (la acción se dirigió sobre un objeto creyéndolo otro diferente) excluye el dolo si los objetos no son equivalentes y lo deja inalterado si lo son, como si, respectivamente, se dispara sobre un animal creyendo que es un hombre o sobre una persona creyendo que es otra. El *dolus generalis* es un error sobre el nexo causal entre acción y resultado, en que éste se alcanza con un segundo acto cuando el autor suponía ya haberlo logrado (creyendo haber dado muerte a la víctima se la arroja al agua para ocultar el hecho, y en verdad muere ahogada). Baste aquí decir a este respecto que se han avanzado dos soluciones: homicidio doloso consumado, o bien, tentativa de homicidio en concurso real con homicidio culposo.

El CP entiende subsistente el dolo cuando se ha errado sobre la persona o cosa en que se quiso cometer el delito (a. 9º, pfo. primero), lo que parecería resolver los casos de *aberratio ictus* y error sobre objeto equivalente en el sentido de un único delito doloso consumado.”

¹²⁰ Donna, Edgardo Alberto, Teoría del delito y de la pena 2, Imputación delictiva, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 112

Comete error de tipo el médico que se equivoca en el diagnóstico, si es inevitable no es culpable, pero, si es evitable inevitablemente conduce al dolo, por ejemplo, cuando extirpa un riñón en lugar del apéndice, guiado por los síntomas primarios, sin confirmarlos por los estudios complementarios de laboratorio y de gabinete. En el error de prohibición evitable, el médico, cree que su actuar está protegido por la excluyente del estado de necesidad y realiza un procedimiento quirúrgico sin el consentimiento del paciente o de sus familiares, y si le salva la vida no hay delito que perseguir, sin embargo, si se agrava y muere, es responsable por el delito de homicidio culposo.

“Al desconocer el autor las circunstancias del tipo penal, ya no es posible el castigo a título de dolo. Tampoco podrán imputarse al autor aquellas circunstancias agravantes del tipo penal, en los supuestos en que el autor las haya desconocido. En el clásico ejemplo del padre que mata a su hijo, sin saber que lo era, no hay duda que se estará frente al delito de homicidio (art. 79, Cód. Penal), pero nunca frente al parricidio contemplado en el art. 80, inc. 1º, ya que este tipo penal exige, como base, que el autor conozca que mata a su hijo.”¹²¹

El tipo es la conducta descrita por el legislador en la norma que constituye el delito básico, y la conducta que se adecúa íntegramente al tipo penal es típica, y como consecuencia antijurídica y culpable si no la protege una causa de justificación.

Los individuos se conducen en contra de las leyes por varias causas, con voluntad y conocimiento, al que llamamos dolo, sabe y quiere el resultado; con conocimiento pero sin voluntad, es decir que sabe, pero, no quiere el resultado material, es imprudencia o culpa.

En el ámbito del conocimiento el autor comete dos tipos de errores, que son de tipo y de prohibición, anteriormente se conocían como errores de hecho y derecho, sin embargo, actualmente se denominan como hemos mencionado primero: de tipo y de prohibición, que a su

¹²¹ Donna, Edgardo Alberto, op. Cit., p. 113

vez son invencibles y vencibles. El error de tipo invencible es cuando el autor percibe una falsa realidad, cree ver el objeto de su atención con seguridad, es decir que confunde un objeto por otro, sin notar la diferencia, y producir así un resultado material contrario a las leyes, se trata de un delito de tipo. El médico que confunde un órgano por otro, pongamos por caso el ojo derecho en lugar del izquierdo está en este supuesto, pero, por ser objetos equivalentes, es conducta dolosa, porque el autor pudo evitar la acción u omisión, es en todo caso un error de tipo vencible, si el médico hubiera integrado correctamente el expediente clínico, o en todo caso, si él no fuera el médico tratante y por urgencia, el paciente es atendido por el médico de guardia, su deber de cuidado es revisar con detalle el expediente clínico, y debido al descuido el paciente es lesionado en el funcionamiento de uno de sus órganos permanentemente, el resultado material es imputable al cirujano por violación a su deber de cuidado.

Las fuentes de mayor riesgo de errores médicos son: diagnóstico equivocado, inexperiencia, introducción de procedimientos nuevos, pacientes en los extremos de la vida, cuidados complejos, atención de urgencia, estancia prolongada, insuficiencia de recursos procedimientos más sistematizados, desorden administrativo, relación médico-paciente inadecuada, relaciones interpersonales deficientes (médico-médico, médico-enfermera), presiones laborales, económicas, familiares y psicológicas de los médicos, y cansancio de los médicos.¹²²

¹²² Seminario, El ejercicio Actual de la medicina, p. 8, disponible en: http://www.facmed.unam.mx/sms/seam2k1/2004/ponencia_may_2k4.htm

“Es importante saber que en EUA, desde octubre del 2008, Medicare no paga por ocho errores prevenibles: Escaras,¹²³ caídas, embolismo aéreo, transfusión de productos hemáticos incompatibles, olvido de gasas o instrumental dentro de pacientes quirúrgicos, mediastinitis postbypass coronario e infecciones por uso prolongado de catéteres vesicales y líneas vasculares centrales. Es posible que pronto se excluyan de pago también las neumonías asociadas a ventilador, septicemia por *S. aureus*, trombosis venosa profunda y embolismo pulmonar.”¹²⁴

Las consecuencias jurídicas de los errores de tipo evitables de los médicos son consideradas como delitos dolosos y se hacen acreedores al pago de daños y perjuicios, de daño moral, y la pena de la privación de la libertad, que resulte de la valoración de la ley penal, que puede consistir en la prohibición del ejercicio profesional por el tiempo que permanezca en el reclusorio, y dependiendo de la gravedad, la inhabilitación permanente del ejercicio profesional. El estudiante de medicina que actúa por propio riesgo adquiere todas las responsabilidades de la mala praxis médica, pero, cuando permanece bajo la tutela del médico titular, éste es el responsable de todas las obligaciones que la ley penal señale. El proceso se sigue, según el caso, por la vía penal, civil, administrativa, y laboral. En la actualidad el ministerio público tiene la obligación de solicitar el pago de daños y perjuicios al juez que conoce del caso, si no lo hiciera se reclaman por la vía civil junto al daño moral, según los artículos 13, 15 y 16 del Código Civil Federal.

El concepto de error médico lo define la Academia Mexicana de Cirugía de la siguiente forma: Conducta clínica equivocada en la

¹²³ Lesión de la piel que se caracteriza por la aparición de una costra como resultado de una quemadura, una gangrena o cualquier necrosis de origen infeccioso, químico o de otro tipo.

¹²⁴ Medigraphic, Vol. 56, Núm. 1, Enero-Marzo 2011, pp.49-57, José Antonio Vázquez-Frías, y colaboradores, El error en la práctica médica. ¿Qué sabemos al respecto?

práctica médica, como consecuencia de la decisión de aplicar un criterio incorrecto.¹²⁵

Esta definición conceptual se inclina por la toma de decisiones de los médicos no en base a las normas establecidas para la práctica médica, sino en criterios, además se dice en este artículo que la práctica médica no debería ser auditada por ninguna autoridad. Con lo que evidentemente hay desacuerdo, debido a que sería un estado de anarquía, en donde la ley de la selva imperaría sin restricción: matar o morir.

De los eventos adversos dicen los autores de este artículo de la Academia Mexicana de Cirugía, que es un hecho inesperado, no relacionado con la historia natural de la enfermedad, como consecuencia del proceso de atención médica.

Los eventos centinela los definen así: “hecho inesperado, no relacionado con la historia natural de la enfermedad, que produce la muerte del paciente, una lesión física o psicológica grave o el riesgo de sufrirlas a futuro.” (Joint Commission on Accreditation of Health Organization).

Los principales eventos adversos para los que la Academia Mexicana de Cirugía tiene registros son los que se refieren a la muerte materna, reacciones transfusionales, transfusión de grupo sanguíneo equivocado, infecciones intrahospitalarias y reacciones adversas graves a medicamentos. Se presentan otros eventos adversos para los que no tienen ningún tipo de registro, y se mencionan: Cirugía en paciente, región,

¹²⁵ Academia Mexicana de Cirugía, Aguirre-Gas, Héctor Gerardo y otro, El error médico. Eventos adversos, Cirugía y Cirujanos, vol. 74, núm. 6, noviembre-diciembre, 2006, p. 498. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/662/66274614.pdf>

lado del cuerpo u órgano equivocado, complicaciones quirúrgicas graves, retención de instrumental poscirugía, suicidios potencialmente evitables, errores en la prescripción y administración de medicamentos, retraso en el tratamiento, sujeción o reclusión inadecuadas, caída de pacientes, accidentes anestésicos egreso de infante con familia equivocada y robo de infante.¹²⁶

Los autores del artículo señalan lo que por su experiencia se presenta con más frecuencia, sin referirse en las implicaciones legales a las que están expuestos los profesionales de la salud, se refieren a los eventos adversos, que cabe el señalamiento de que esos eventos adversos son hechos con error y correspondería ubicarlos en los errores de tipo sujetos a consecuencias jurídicas, cuando se ajusten al tipo penal, como si se tratara de una rutina sin importancia, si muere el paciente que mala suerte tuvo, si sobrevive hay que agradecer al buen trabajo del cirujano. No obstante que el acto médico, como se le conoce a la acción u omisión, de este profesional, debe estar ligado inevitablemente a la legislación, seguir el deber de cuidado en su posición de garante es seguir la ley, cumplir con un contrato o apegarse a la *lex artis ad hoc*. El deber de cuidado del profesional de la salud está contenido en cada uno de los actos u omisiones, guías clínicas, normas y literatura especializada, el no seguir los procedimientos como están señalados o actuar fuera de estos significa la violación al deber de cuidado, el no ordenar estudios de laboratorio indispensables para establecer un diagnóstico certero, es violatorio del deber de cuidado por su calidad de garante, que lo obliga a evitar o procurar la lesión del

¹²⁶ Academia Mexicana de Cirugía, Aguirre-Gas, Héctor Gerardo y otro, El error médico. Eventos adversos, Cirugía y Cirujanos, vol. 74, núm. 6, noviembre-diciembre, 2006, p. 498. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/662/66274614.pdf>

bien jurídico. El no respetar los señalamientos que se imponen por el Estado a través de la norma es violatorio del deber de cuidado. Explicado por la Teoría de la Imputación Objetiva, a través de: Teoría del Riesgo, Teoría del riesgo creado, Teoría del Incremento del Riesgo, y Teoría del Fin de Protección de la Norma. La posición de garante obliga, al poseedor de esta calidad, a evitar el daño al bien jurídico protegido. La conducta esperada del médico es el esfuerzo por lograr el restablecimiento de la salud del paciente, no hacerlo le hace omiso, y si por ello el bien jurídico tutelado resulta lesionado, entonces al no cumplir con su obligación de evitar el daño, se le imputará por un delito de comisión por omisión. La conducta esperada de evitar el daño a la salud, no presentada, lo coloca en el supuesto de omisión, con lo que no cumple con un mandato, que es el cuidar la salud del paciente, y el resultado material en el supuesto de prohibición, el no lesionar al paciente.

Seguiremos, con las reservas ya anotadas arriba, de los conceptos de eventos adversos, como lo expresan los autores del artículo que comentamos, aunque reiteramos que para nosotros son conductas típicas, antijurídicas y culpables.

Las causas de los eventos adversos y eventos centinela, según dicen Aguirre-Gas y Vázquez-Estupiñan en el artículo de la Academia Mexicana de Cirugía, que se ha revisado, pueden ubicarse en numerosas situaciones, desde la posibilidad de fallas en la estructura, fallas en el proceso que incluyen: la cultura de la organización, el proceso mismo de la atención médica, la competencia profesional y los factores inherentes al paciente. Se enuncian a continuación:

Fallas en la estructura

Deficiencias en el entorno: factores ambientales; diseño arquitectónico inadecuado; diseño de servicios inseguros; equipo insuficiente; fallas en el equipo; mantenimiento insuficiente; personal

insuficiente; deficiente capacitación del personal; medicamentos insuficientes o de mala calidad.

Fallas en el proceso

Cultura de la organización. Diseño organizacional inadecuado; deficiencias en los sistemas; procesos no estandarizados; carencia de sistemas de alarma; deficiencias en la coordinación del personal; deficiencias en la comunicación entre el personal; deficiente comunicación con la familia; deficiente comunicación con el paciente; falta de supervisión; vigilancia no profesional o insuficiente; presencia de personal extraño.

Proceso de la atención médica.

Identificación deficiente del paciente; relación médico-paciente deficiente; registros deficientes en el expediente clínico; disponibilidad de información insuficiente; riesgos del procedimiento; medidas de seguridad insuficientes; protección insuficiente en traslados.

Competencia profesional insuficiente.

Carencia de guías clínicas; razonamiento clínico inadecuado; criterios clínicos incorrectos; desatender a la medicina basada en evidencias; conocimientos médicos no actualizados; falta de experiencia; fatiga; prisa; exceso de confianza; falta de conciencia de los riesgos; falta de aceptación de las limitaciones propias. Factores inherentes al paciente.

Falta de información; desconocimiento de sus problemas; participación insuficiente del paciente y la familia; intolerancia a medicamentos o material de curación; alergia no conocida a medicamentos; idiosincrasia a medicamentos; negativa a colaborar en su atención.¹²⁷

¹²⁷ Academia Mexicana de Cirugía, Aguirre-Gas, Héctor Gerardo y otro, El error médico. Eventos adversos, Cirugía y Cirujanos, vol. 74, núm. 6, noviembre-diciembre, 2006, p. 499. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/662/66274614.pdf>

Según Aguirre-Gas, en el mismo artículo existen factores que incrementan el riesgo y otros que los disminuyen de un evento adverso: Factores que incrementan los riesgos:

Número de personas involucradas en el proceso; complejidad de los procesos; desconocimiento por el paciente y familia del nombre del médico y enfermera responsables; comunicación insuficiente; delegación sucesiva de la responsabilidad; autoridad excesiva del responsable del proceso; inercias y ceguera de taller.

Factores que disminuyen los riesgos:

Competencia profesional del personal; estandarización de los procesos; reconocimiento a los logros; identificar al responsable de prevenir cada riesgo.¹²⁸

“El error de tipo se divide en invencible o vencible. El primero aparece cuando no existe la posibilidad de conocer la realidad típica objetiva, no valorativa, a pesar de ponerse en juego el cuidado posible y adecuado para no caer en una falta de apreciación. El segundo aparece cuando el sujeto, al no desplegar el cuidado debido y adecuado, no supera el desconocimiento de la concreción típica objetiva no valorativa.

Los efectos del error vencible o invencible son diversos, ante la presencia del primero desaparece la posibilidad del dolo, pero queda subsistente la posibilidad de la culpa, en el caso del segundo no existe la posibilidad de que el dolo o la culpa puedan presentarse.”¹²⁹

El error genérico ya se mencionó, ahora toca el turno a las especies:

“1.-Error in objeto. Se refiere a la equivocación en torno al objeto hacia el cual dirige el comportamiento el sujeto activo, es decir, la actividad del sujeto se dirige a un objeto determinado pero previamente

¹²⁸ Academia Mexicana de Cirugía, Aguirre-Gas, Héctor Gerardo y otro, El error médico. Eventos adversos, Cirugía y Cirujanos, vol. 74, núm. 6, noviembre-diciembre, 2006, p. 500. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/662/66274614.pdf>

¹²⁹ Plascencia Villanueva, Raúl, op. Cit., p. 110

éste puede ser confundido por otro, en principio resulta irrelevante la equivocación, es decir da lo mismo que prive de la vida a X en lugar de Y, salvo que se trate de un supuesto en el cual el sujeto tenga cierta relación X y eso dé lugar a la concreción de un tipo distinto como podría ser el homicidio con relación al parentesco (parricidio, fratricidio, conyugicidio, infanticidio), caso el cual podríamos hablar de una tentativa de homicidio en contra de Y un homicidio con relación al parentesco culposo en contra de Y.

2.-Error sobre la relación de causalidad. Se refiere a ciertas desviaciones inesenciales o que no afectan la producción del resultado querido por el autor son irrelevantes. (X dispara contra Y con ánimo de privarle de la vida, pero sólo logra herirlo con levedad, Y muere a los pocos días como consecuencia de una hemorragia provocada por la falta de coagulación de la sangre en la herida.)

3.-Aberratio ictus. Se integra cuando el sujeto dirige su actividad a un objeto determinado pero por desviación su actividad recae en otro distinto, más que un error se trata en este caso de una desviación externa de la actividad del sujeto. El ejemplo clásico refiere al autor que pretende privar de la vida a Y, pero en virtud de su mala puntería alcanza a X. En este caso encontramos una tentativa de delito de homicidio doloso en concurso con un homicidio consumado por imprudencia.

4.-El error sobre los elementos accidentales determina la no apreciación de la circunstancia agravante o atenuante o, en su caso, del tipo cualificado o privilegiado.”¹³⁰

Raúl Plascencia Villanueva, en su libro Teoría del Delito, acepta la posibilidad de la culpa en el error vencible, es acertado pensarlo como definitivamente doloso, pero eventualmente culposo, visto desde la Teoría de la Imputación Objetiva. El caso del diagnóstico equivocado, el cual por descuido no se realizan los estudios de laboratorio y de

¹³⁰ Plascencia Villanueva, Raúl, op. Cit., pp. 110-111

gabinete complementarios, para confirmar o descartar el diagnóstico, que se podría aceptar como un error que viola el deber de cuidado, mencionamos esto con el fin de considerar como un error evitable el no ordenar los estudios complementarios, a la confusión en la percepción de la realidad, que conduce a un tratamiento equivocado lesionando el bien protegido, aquí se percibe la existencia de otra realidad, pero no se atiende, si el paciente muere, el médico es imputable por homicidio culposo.

4.3.2. Error de prohibición

Las conductas descritas en el Código Penal Federal son el tipo de conductas que atentan en contra de la estabilidad de la sociedad, son lo que se conoce como delitos, son conductas típicas, antijurídicas y culpables, que integran el tipo criminal. El autor en determinadas circunstancias puede estar protegido por una causal de exclusión que le quita la antijuridicidad a su acción, por ejemplo, cuando el cirujano realiza un aborto porque la vida de la madre está en riesgo de morir, el resultado de su acción es típica, pero, no antijurídica, es decir que está excluido de la acción penal por la excluyente de estado de necesidad que le permite una acción en estas circunstancias. Cuando el autor cree que su comportamiento que ha modificado su entorno está justificado por una causal de exclusión y no es así, es responsable del resultado material que lesione el bien jurídico, a título de culpa, siempre que la disposición de la norma lo permita, es el caso del cirujano que provoca un aborto creyendo que la causal de exclusión del estado de necesidad lo protege, lo que no es cierto, pues él será culpable de un homicidio doloso. Cabe mencionar que el aborto sólo admite la culpa cuando es producto de la negligencia de la propia mujer embarazada. En el aborto obligado por un estado de necesidad justificante ni es

doloso ni culposo, el médico que lo realiza sólo debe demostrar que la vida de la madre estaba en riesgo de morir.

“El error de tipo permisivo excluyente del dolo ha de distinguirse del error de permisión, es decir, de la suposición errónea de una causa de justificación absolutamente inexistente. El error de permisión es de manera indiscutida según todas las teorías un error de prohibición. Su examen más detenido corresponde al ámbito de la responsabilidad. Aquí se trata sólo de delimitar esta forma específica de error de prohibición del error sobre los presupuestos objetivos o materiales de una causa de justificación, que hay que tratar de modo completamente diferente. Existe un error de permisión en primer lugar cuando alguien invoca una causa de justificación que el ordenamiento jurídico no reconoce. El Estudiante que perturba o interrumpe la clase cree p. ej. que sus coacciones están permitidas por un derecho de huelga; una mujer se hace practicar un aborto por un curandero, creyendo que eso está autorizado por su derecho de autodeterminación; un funcionario admite regalos porque piensa que eso está permitido por una causa de justificación del Derecho consuetudinario. Estos errores no modifican para nada la concurrencia de coacciones, aborto o cohecho dolosos; a lo sumo pueden excluir o atenuar la culpabilidad...”¹³¹

El comportamiento que modifica el entorno del sujeto por el resultado material típico es doloso por el conocimiento de la antijuridicidad de su conducta, y por querer el resultado, sabe y quiere, tiene conciencia de la antijuridicidad de su acción y del resultado material, es culposo por la violación del deber de cuidado o por error evitable en su calidad de garante, obligado por derecho en sus circunstancias particulares, el

¹³¹ Claus, Roxin, op. Cit. p. 589-590

profesional de la salud es garante de los bienes jurídicos de la salud y de la vida, acción que estando dentro de los límites del riesgo permitido y cubierto por una excluyente no tiene que temer. Cuando su acción incrementa el riesgo permitido, es decir, que se ubica en el riesgo prohibido por el resultado típico, por lo tanto antijurídico, es culpable por culpa, por la violación a su deber de cuidado.

Para estudiar el error de prohibición se debe partir de los mismos fundamentos del error de tipo, es decir, el conocimiento de la antijuridicidad no pertenece al dolo, sino que es precisamente el motivo por el cual se reprocha el dolo al agente.

El dolo es un elemento del tipo (subjetivo) y el conocimiento de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad.

“Se podría decir que el autor de un hecho antijurídico se encuentra en error de prohibición, cuando le falta la conciencia de la antijuridicidad material de su conducta, de manera segura o condicionada. Con lo cual, no puede saber la antijuridicidad de su conducta, o por lo menos para hacerlo debe realizar una actualización de aquel saber.”¹³²

“En principio queda excluido el dolo, subsistiendo la culpa si el error fue evitable. Si el error, en cambio, fue sobre la naturaleza y ámbito de una causal de justificación o, de exclusión de la responsabilidad por el hecho, rigen los principios del error de prohibición.”¹³³

“El error de prohibición se podría conceptualizar como la falta de conocimiento de la antijuridicidad del acto o la falta de conocimiento del ilícito.”¹³⁴

“Cuando el error de prohibición es evitable sólo tiene como efecto la disminución de la pena..., aunque eventualmente, y si el legislador así lo dispone, podría llegarse a la exención de pena. Ello es así porque lo

¹³² Donna, Edgardo Alberto, Teoría del delito y de la pena, 2, imputación delictiva, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 266

¹³³ Donna, Edgardo Alberto, op. Cit., p. 277

¹³⁴ Donna, Edgardo Alberto., op. Cit., p. 278

que falta es la conciencia del ilícito en forma actual que, como bien dice Zipf, perjudica al autor debido a que la evitabilidad del error acredita en forma potencial la conciencia del ilícito, por lo que al existir el conflicto o la tensión en sus fuerzas morales debió haber reconocido lo ilícito de su accionar.”¹³⁵

“El error de prohibición directo es aquel que existe cuando el autor no conoce la existencia de la prohibición. Si el autor conoce la norma, pero la interpreta falsamente, y, en consecuencia, no la refiere a su conducta, o en los casos en que se descarta la norma pues la considera, con referencia a su accionar, como no eficaz, ya que en su opinión el derecho va en contra de un derecho suprallegal, que el autor tiene o supone tener. En el error de prohibición indirecto, el autor supone un precepto permisivo, el cual no existe. Es el caso traído por los autores, en el cual el autor supone el derecho a matar a su esposa infiel, que es encontrada in fraganti con su amante.”¹³⁶

“a) ABSTRACTO O DIRECTO. Este caso se da cuando “el autor sostiene que su actuar es jurídicamente irrelevante, porque supone la falta de una norma o que cree que ella en general no tiene alcance o, por último, que la norma carece de eficacia material”

Veamos algunos ejemplos: el autor cree que tener relaciones sexuales con una deficiente mental no está prohibido; el autor ignora la prohibición de apropiarse de la cosa ajena perdida; el autor cree que la norma es inconstitucional o que ha sido derogada.

El problema del autor por conciencia, si es que se acepta, se trataría de una persona que no ha podido motivarse en la norma, debido a que para él rige la norma moral de manera que se trataría de un caso de colisión de normas...”

¹³⁵ Donna, Edgardo Alberto., op. Cit., p. 282

¹³⁶ Donna, Edgardo Alberto, op. Cit., p. 284

b). CONCRETO O INDIRECTO. Es el caso del autor que cree que su conducta antijurídica se encuentra justificada por una causal que elimina dicha antijuridicidad. Entran en este punto los funcionarios públicos que creen que deben cumplir las órdenes que son nulas; el padre que entiende que el derecho de educar al hijo le permite castigarlo de manera violenta; los casos en que el autor crea que existe el consentimiento y el supuesto de obediencia debida, cuando el subordinado crea que la orden es legítima y quien manda sepa que no lo es.”¹³⁷

Otro aspecto del error de prohibición es el de la evitabilidad e inevitabilidad, sí es inevitable hay exculpación, pero si es evitable el autor es culpable por delito culposo.

En el ejercicio de la profesión de medicina, el consentimiento informado es de primordial importancia, del paciente que se someterá a un tratamiento o procedimiento quirúrgico, en donde el médico explica los beneficios y riesgos; el consentimiento informado tiene que ser expreso y firmado por el paciente, y en caso de que éste se encuentre inconsciente, el médico tratante con apoyo del diagnóstico de otro tomará la decisión, pero también puede ser autorizado por un familiar.

“La esencia de la evitabilidad en el error de prohibición reside en la idea del poder-conocer (Erkennenn-Können) la antijuridicidad de la conducta concreta. Para la doctrina dominante en el caso del error de prohibición evitable, el autor es culpable porque no ha utilizado la capacidad de reconocer la antijuridicidad de su acto, y con ello ha perdido la posibilidad de reconocer el deber a que su conducta estaba sujeta. El no utilizar su poder (Können) lo ha llevado a no saber que, en el caso concreto, con su actuar lesionaba el deber jurídico al que estaba sometido.

¹³⁷ Donna, Edgardo Alberto, op. Cit., p. 286-287

Sin embargo, el problema de la evitabilidad debe ser separado del problema de la culpa en que incurre el autor, al no interiorizarse de la norma prohibitiva. Se trata, más bien, de un problema de hecho, por lo cual debe quedar claro que el no representarse no implica estar en error. No obstante, la teoría rechaza un deber de informarse, de modo que análogamente al caso de una seria dificultad en la capacidad de culpabilidad, el juez debe analizar cuáles fueron las causas que llevaron al sujeto a no reconocer el mandato normativo.”¹³⁸

“Uno de los problemas más discutidos de la teoría del error es el de cómo se ha de tratar el caso en que el sujeto se representa erróneamente los presupuestos objetivos (materiales) de una causa de justificación. El ejemplo más conocido es el de la legítima defensa putativa: alguien toma por un ladrón que le ataca al transeúnte que se le aproxima a toda prisa a preguntarle el camino o la hora, y le mata de un disparo. Pero también en todas las otras causas de justificación pueden producirse situaciones análogas: v. gr. alguien perturba o interrumpe un servicio de culto religioso...en la suposición errónea de que se ha declarado un incendio en el pueblo (estado de necesidad putativo); alguien detiene de resultas de una confusión a un no sospechoso...”¹³⁹

“En el caso de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, se analiza si el autor tiene capacidad o está impedido (por problemas biológicos o psíquicos), de comprender la prohibición, y en caso de que así sea se produce un auténtico error de prohibición. En el tema de la imputabilidad se trata, entonces, de analizar si de acuerdo a su libertad psíquica podía o no alcanzar el conocimiento del injusto o, por un conocimiento previo, poder activarlo.

Sin embargo, entre ambos institutos existe una diferencia esencial. En la capacidad de culpabilidad, el autor tiene la libertad para poder

¹³⁸ Donna, Edgardo Alberto, op. Cit. p. 294

¹³⁹ Claus, Roxin, op. cit. p.579

realizar el acto contrario a la norma, lo que se llama capacidad general de la inteligencia. En cambio, en el tema de la evitabilidad en el error de prohibición se analiza si el autor, de acuerdo a su capacidad intelectual, tenía la posibilidad de reparar o salir del error, y esto es, sin duda, independiente del problema de la libertad o no del autor.”¹⁴⁰

Los profesionales de la salud están expuestos constantemente al error de prohibición, como ya hemos mencionado, cuando el médico da un diagnóstico equivocado, por no haber considerado un diagnóstico diferencial apoyado en estudios complementarios para precisar el padecimiento del paciente, y como consecuencia la prescripción y aplicación de medicamentos inconvenientes para restablecer la salud del paciente, que incluso pongan en riesgo su vida. El diagnóstico equivocado puede conducir a un procedimiento quirúrgico que como en el caso del diagnóstico de celulitis en lugar de la trombosis venosa profunda, el primero tiene indicado un tratamiento con antibióticos y el segundo con anticoagulantes. El expediente clínico, integrado por documentos en donde se expresan los estudios clínicos, tanto de laboratorio como de gabinete, en donde se hacen anotaciones con abreviaturas, en lenguaje poco técnico, está en error de prohibición, si está en el supuesto de la evitabilidad, el autor es culpable por delito culposo, si en la inevitabilidad es exculpado.

4.4. Violación de un deber de cuidado

El deber de cuidado se refiere a la obligación que tiene cualquier sujeto, de no causar el resultado material, pero, al mismo tiempo de evitarlo, lo que se traduce en la calidad de garante. El deber de evitar el resultado material dirigido en forma general tiene que ser individualizado, según las circunstancias y el momento en que se encuentre cada sujeto, por eso podemos decir que no todos tienen el

¹⁴⁰ Donna, Edgardo Alberto, op. Cit. p. 296

deber de evitar que una persona se ahogue en la alberca, pero, el salvavidas si, tiene la obligación de vigilar que los niños de cierta estatura no se acerquen a la fosa de clavados, con lo que evita la causa de un resultado material, la asfixia por inmersión, pero, en el caso de que uno de esos niños se escabulla y se precipite a la parte más profunda de la alberca, y se esté ahogando, tiene el deber de evitar el resultado mortal.

En lo que se refiere al profesional de la salud que por su posición de garante, tiene la responsabilidad de evitar que el paciente muera por su padecimiento, cuando esto es posible, pues debido a sus conocimientos especiales adquiridos le pone en la circunstancia de restablecer la salud de sus pacientes, si la autoridad responsable estima que el deber de cuidado que le era exigible al inculpado derivado de su calidad de garante, estriba en no haber acatado una disposición legal de un reglamento específico, es necesario dejar establecido qué disposición del referido ordenamiento o de uno diverso, o bien otra clase de fuente, en su caso, señala a aquél la obligación de actuar en determinado sentido en relación con la protección del bien jurídico de que se trate, para así estar en posibilidad de afirmar que debido a ese incumplimiento se violó el deber de cuidado que le correspondía, dada su calidad de garante del bien jurídico tutelado, pero no solo se trata de las normas, también de las guías clínicas, la literatura especializada del padecimiento del paciente.

El actuar omisivo se refiere a la ausencia de la conducta ordenada y esperada sin resultado material por lo que carece de responsabilidad penal, es tan solo una infracción al reglamento.

La omisión es equivalente a la acción con resultado material, pero, no todas las personas cometen un delito de comisión por omisión, sino solo aquellas que tienen el deber de evitar el resultado, por ejemplo, en el presente trabajo se investiga sobre la aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva al personal de salud que cometa el delito de homicidio culposo, en el ejercicio de su profesión, por lo que se le

atribuye la calidad de garante. Quien tiene la posición de garante tiene la obligación de no causar el daño material al bien jurídico tutelado y de evitarlo.

Sólo quien tiene la calidad de garante tiene el deber de evitar el resultado material típico, lo que quiere decir que el resultado material que lesiona al bien está indicado en el Código Penal Federal el cual contiene en su artículo 302 el tipo del delito de homicidio simple, señalando en el 60 del mismo, segundo párrafo, como un delito que admite la culpa, el tipo penal es la conducta descrita considerada como contraria a derecho, por eso quien se comporta según dice el Código comete un delito.

El médico tiene el deber de evitar, cuando es evitable, que su paciente continúe enfermo, si su padecimiento tiene cura tiene que realizar todos los procedimientos necesarios para su restablecimiento, sea con tratamiento o cirugía, por ejemplo cuando se diagnostica apendicitis es necesaria la cirugía para su extracción, de no proceder el paciente puede morir, entonces el deber de cuidado del médico es el de realizar un diagnóstico preciso, un tratamiento acertado o una cirugía apropiada con el fin de restablecer la salud, que es el bien jurídico protegido por el Estado, por tratarse de un bien de interés público.

La exploración física para el diagnóstico de apendicitis es por palpación y en la apendicitis aguda, por la dificultad de su diagnóstico se acompaña de los estudios de gabinete y laboratorio correspondientes como son: recuento de leucocitos, ultrasonido abdominal y sedimento urinario.¹⁴¹ Diagnosticada la apendicitis el

¹⁴¹ Médica Sur Sociedad de Médicos, Medigraphic, volumen 10, número 3 julio-septiembre 2003, Estado actual de la apendicitis, p. 127, "Laboratorio y gabinete: En los casos en que el diagnóstico de apendicitis aguda no es muy claro se debe recurrir a algunos exámenes de laboratorio o por imágenes que pudieran ayudar al diagnóstico. Los más utilizados son:

1. Recuento de leucocitos: cifras superiores a $15,000/\text{mm}^3$, indican una probabilidad de apendicitis aguda de alrededor de un 70%, sin embargo no necesariamente significa

tratamiento es cirugía para retirar el apéndice. El deber de cuidado del cirujano es realizar un diagnóstico preciso, para evitar confundir con otro padecimiento como uremia (concentración de urea en la sangre), tumoraciones, embarazo ectópico, etc. y evitar que el apéndice inflamado se perfora y ocasione peritonitis que puede llevar al paciente a la muerte por septicemia.¹⁴²

En la Teoría de la Imputación Objetiva, propuesta por Roxin, es de considerable importancia la Teoría del Incremento del Riesgo, la acción u omisión del médico, al cometer error en el diagnóstico, comete el error de tipo, si confunde un padecimiento por otro en el diagnóstico,

que el paciente tenga apendicitis aguda y la ausencia de leucocitosis no descarta el diagnóstico.

2. Ultrasonido abdominal: sólo se debe recurrir a este examen en los casos de duda diagnóstica, representando una ayuda más que el cirujano puede tener. Pero no hay que olvidar que la toma de decisiones es fundamentalmente clínica. Al ultrasonido se le ha atribuido una alta sensibilidad y especificidad, pero al revisar estas series la gran mayoría de los pacientes tenían apendicitis perforada y flegmonosa.
3. Sedimento urinario: éste tiene importancia en el diagnóstico diferencial con el cólico nefrítico y/o infección urinaria. Para interpretar los hallazgos del sedimento urinario no hay que olvidar la anamnesis y el examen físico.”

¹⁴² Diagnóstico diferencial

“Relación de enfermedades que pueden ser las causantes de los síntomas y signos que sufre un paciente, una vez que se ha realizado la anamnesis y la exploración física, y antes o después de obtener pruebas diagnósticas complementarias.

También se refiere a la argumentación del médico sobre la mayor o menor probabilidad de sufrir unas u otras enfermedades ante el cuadro clínico del paciente; se suele dejar constancia escrita en la historia clínica, como juicio diagnóstico, con el fin de orientar las pruebas complementarias (radiología, análisis de laboratorio, etc.) que deben realizarse hasta el diagnóstico de certeza.”

Disponible en:

<http://www.cun.es/diccionariomedico/terminos/diagnostico-diferencial>

en el ejemplo de apendicitis aguda que hemos puesto arriba por los síntomas semejantes con otros padecimientos es posible la confusión de la realidad y si es inevitable no hay culpa, pero, si el error se comete por ignorancia, por falta de pericia, o por exceso de confianza, el sujeto es imputado, si el paciente muere, por el delito de homicidio culposo, porque reúne los tres elementos indispensables para serlo: acción u omisión, resultado material y nexo causal.

Con respecto a los profesionales de la salud en referencia a los procedimientos quirúrgicos las normas oficiales mexicanas que expresan con toda precisión el fin de la protección de la norma, que no es otra cosa que el deber de cuidado, que como ya dijimos en su posición de garante tiene la obligación de evitar que la salud del paciente se deteriore, aunque esto no debe malinterpretarse, hará todo lo que la *lex artis ad hoc* le indique o la norma para restablecer la salud del paciente, sin embargo a pesar de los cuidados del médico, el paciente puede morir por su padecimiento.

En el artículo 9º del Código Penal Federal (CPF) define el deber de cuidado, pero al mismo tiempo expresa lo que debemos entender por delito culposo, lo que interesa en el presente trabajo, es especificar lo que es el delito de homicidio culposo. A la letra dice:

“Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.”

Independientemente de que en este segundo párrafo del artículo 9º se menciona que la culpa se deriva de un resultado típico, es decir, que la conducta del actor se acomoda a la conducta descrita en el tipo penal, también expresa que el resultado material no fue previsto no

obstante haber tenido la posibilidad de la representación del resultado material, o habiéndose representado el resultado material continuó hasta el fin con la esperanza de que no se presentara. El deber de cuidado es la conducta que jurídicamente se espera del actor con la finalidad de evitar el daño al bien jurídico tutelado, es decir que existe una norma que incorpora en su seno un riesgo permitido por la sociedad, pero que al extralimitarse se comete un delito.

Un médico que actúa sin sujetarse a las normas, reglamentos, a la *lex artis ad hoc* y que su comportamiento incrementa el riesgo permitido, pero que además se presenta materializado el incremento del riesgo en el resultado material, es culpable de un delito culposo, como el homicidio culposo, delito culposo que nos interesa y producido por el comportamiento del personal de salud, personal que tiene posición de garante en cuanto a la salud y la vida de los pacientes.

Por ejemplo, una mujer con un embarazo de 26 (veintiséis) semanas se presenta en un hospital en trabajo de parto prematuro, nace el bebé y a los ocho días muere, la causa de la muerte del recién nacido fue multifactoriada, pero originada fundamentalmente por la inmadurez y secundariamente por la sepsis asociada frecuentemente a estos casos, el médico A, médico cirujano, se ostenta como “su médico” y sabe que el embarazo fue posible a pesar de un dispositivo intrauterino, por lo que éste resulta de alto riesgo, también sabe que los embarazos de este tipo terminan prematuramente con resultados mortales para el neonato. El médico B, que está de guardia, quien la recibe es un médico cirujano homeópata ignora todos estos detalles, y el expediente clínico de la paciente, mal integrado, por lo que decide que el trabajo de parto continúe sin interrupción, hasta la llegada del médico A, quien da indicaciones al esposo de la paciente de comprar un útero-inhibidor, como la terbutalina, orciprenalina intravenosa y/o indometacina rectal, tratamiento que debió aplicarse inmediatamente que llegó al hospital, pero, el médico B no cuenta con el medicamento en el hospital y el cónyuge no adquiere el medicamento, y decide esperar al médico

tratante (A). El resultado material es el nacimiento y muerte del infante prematuro, como ya se enunció anteriormente.

Ambos médicos fueron denunciados ante el Ministerio Público por homicidio culposo, en la primera instancia el juez decreta la definitiva y absoluta libertad de los inculpados, el primero inconforme da curso a apelación la que le es admitida con efecto devolutivo, según los artículos 414 y 415 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Al aplicar la Teoría de la Imputación Objetiva se encuentra que el médico A no cumplió con el deber de cuidado que le impone la Norma Oficial Mexicana del expediente clínico¹⁴³ que a la letra dice: “4.4 Expediente clínico, al conjunto único de información y datos personales de un paciente, que se integra dentro de todo tipo de establecimiento para la atención médica, ya sea público, social o privado, el cual, consta de documentos escritos, gráficos, imagenológicos, electrónicos, magnéticos, electromagnéticos, ópticos, magneto-ópticos y de cualquier otra índole, en los cuales, el personal de salud deberá hacer los registros, anotaciones, en su caso, constancias y certificaciones correspondientes a su intervención en la atención médica del paciente, con apego a las disposiciones jurídicas aplicables.”

La omisión de la elaboración del expediente clínico, por parte del médico A es una violación al deber de cuidado que encontramos señalado en la norma del expediente clínico.

El médico B es responsable de permitir la evolución del parto hasta el nacimiento del bebé, quien como ya dijimos muere a los ocho días en el Hospital General de la Raza, del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS).

“Lo que desde luego no puede afirmarse en la presente causa, tomando en consideración que, por el contrario, estadísticamente pareciera que a pesar de la aplicación de medicamentos inhibidores

¹⁴³ NORMA OFICIAL MEXICANA NOM-004-SSA3-2012, DEL EXPEDIENTE CLINICO

del trabajo de parto, éste de cualquier forma se hubiere desencadenado, como así lo afirmó el médico adscrito al Instituto Nacional de Perinatología PABLO G. L. C., y que fue corroborado por el perito tercero en discordia MAURICIO S. H., quien refirió que los inhibidores resultan ineficaces y en un noventa y cinco por ciento se entra en trabajo de parto, experticiales(sic) a las que se les concede pleno valor convictivo(sic) y que por lo tanto nos habla de una muy alta probabilidad de que no obstante eliminada la conducta imprudente de los acusados, el resultado hubiese sido el mismo; es decir, que a pesar de que se le hubiera atendido adecuadamente (lo que incluye la presencia del doctor MANUEL R. L. (médico A) en el sanatorio en donde había mandado a su paciente), mediante la aplicación de útero-inhibidores, dadas las condiciones que presentaba la paciente y la inmadurez del producto, no se hubiere podido detener la expulsión del recién nacido, por lo tanto, válidamente puede afirmarse que aun reconociendo la falta de profesionalismo al menos de MANUEL R. L. y la inculpada MATILDE JOSEFINA H. O., (médico B), no podría sostenerse que elevaron los riesgos de la situación que prevalecía en el embarazo de alto riesgo que cursaba la denunciante, y menos aún que el tratamiento que se le brindó, con todas las carencias que implica atenderse en un sanatorio de cuestionables posibilidades desde el punto de vista médico y de equipo, tampoco se elevaron en gran medida esos riesgos que resultarían ser prohibidos, ya que estamos hablando que en un noventa y cinco por ciento, no podía evitarse el parto prematuro; en consecuencia, no podríamos sostener la acreditación de un delito de tal gravedad como el que se le imputa a los justiciables, por ese cinco o diez por ciento de posibilidad de mantener el producto de la preñez en el útero materno y con ello evitar su muerte, menos aún dictar sentencia condenatoria, por esta mínima

probabilidad de que el resultado lesivo no se hubiese producido al otorgarle el tratamiento sugerido para estos casos...”¹⁴⁴

“...en este caso las medidas y agentes terapéuticos para promover útero-inhibición casi nunca son eficaces, por lo que no es posible prever que el trabajo de parto se adelantara en esta forma a las veintiséis semanas, como factor de riesgo existía un dispositivo en la cavidad uterina que puede predisponer a un trabajo de parto pre término, sin haber tratamiento específico para esta complicación, el pronóstico de vida para un producto de veintiséis semanas es cercano al cero por ciento de nuestro medio a pesar de ofrecerse atención especializada neonatal, el nacimiento del producto no pareció evitable en esta paciente....”¹⁴⁵

La resolución de la décimo primera sala es la confirmación de la sentencia condenatoria de la primera instancia.

Para la teoría de la imputación objetiva la violación del deber de cuidado es la omisión de la administración de los útero-inhibidores para detener la evolución del parto, cosa que no hizo la Dra., quien la recibió en el hospital, ni el médico tratante, debido a que el esposo no compró tales medicamentos. La conducta alternativa de administrarlos no cambiaba el resultado material, es decir que por los peritajes se concluye que el embarazo de alto riesgo, con la presencia del dispositivo intrauterino, tiene un 95% (noventa y cinco por ciento) de concluir en un parto prematuro, como pasó en nuestro ejemplo. La violación del deber de cuidado se concreta en la conducta omisiva de aplicar los medicamentos indicados para detener el trabajo de parto,

¹⁴⁴ Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Décimo Primera Sala, Magistrados: Lics. Javier Raúl Ayala y Enrique Sánchez Sandoval. Ponente Mag. Lic. Enrique Sánchez Sandoval. Recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público en contra de la sentencia decretada en causa penal, pp. 188-189

¹⁴⁵ Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Décimo Primera Sala, Magistrados: Lics. Javier Raúl Ayala y Enrique Sánchez Sandoval. Ponente Mag. Lic. Enrique Sánchez Sandoval. Recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público en contra de la sentencia decretada en causa penal, p. 193

no obstante que aunque se hubieran aplicado el resultado mortal sería el mismo y de acuerdo con la teoría del incremento del riesgo nos confirma que no hubo tal pues el resultado sería el mismo en presencia de cualquiera de las dos conductas, es decir que si hubieran aplicado o no los útero-inhibidores tendríamos exactamente el mismo resultado. La responsabilidad de los médicos es cumplir con su deber de cuidado, es obligado para ellos y más cuando por su posición de garante tienen que evitar el daño al bien jurídico tutelado, que es la salud de su paciente. El delito de homicidio culposo se presenta cuando es evitable que suceda no habiendo omitido la conducta que se espera del garante, en este caso el médico no actuó como se esperaba que actuara, es decir aplicando inmediatamente el medicamento que relajaría el útero para impedir que naciera el producto, no obstante, no se hizo, y esto es lo que se les reprocha a los médicos, desde el punto de vista de la Teoría de la Imputación Objetiva, estuvo mal que los absolvieran absolutamente, sin ningún tipo de sanción. Los peritajes, que fueron tres, confirmaron que estadísticamente la probabilidad de supervivencia del neonato era del cinco por ciento, pero siempre queda la duda de que éste pudo estar en ese cinco por ciento, y esto nunca se sabrá.

La segunda instancia determinó la confirmación de la sentencia condenatoria de la primera instancia, que decretó la definitiva y absoluta libertad de los acusados.

Según esto no hubo incremento del riesgo por la conducta omisa, no se cumplió con la integración del expediente clínico según señala la norma oficial mexicana, los profesionales de la salud no cumplieron con lo que indica la *lex artis ad hoc*.

4.5. Riesgo permitido.

En una sociedad moderna como la nuestra, se han creado una infinidad de riesgos que deben ser tolerados para el desarrollo de la misma. El Estado autoriza actividades deportivas que conllevan riesgos para los sujetos que participan en ellos, activa o pasivamente. Tal es el caso de los boxeadores en donde los participantes buscan asestar un golpe que deje fuera de combate al contrincante y ser el vencedor; en el ejercicio profesional del personal de salud hay muchos riesgos permitidos con el fin de lograr el restablecimiento de la salud de los pacientes, pero, no están al libre albedrío de los médicos, por el contrario todas las actividades están normadas, se han elaborado guías clínicas para evitar errores en los procedimientos de todo tipo relacionados con el hecho médico, desde la consulta hasta la hospitalización del paciente.

El riesgo permitido, en el caso de los médicos, incluye lesiones corporales, consideradas como un bien menor por otro mayor, como lo es la recuperación de la salud.

“Se dice del peligro o contingencia de que se produzca un daño. Tratándose de obligaciones, si un acontecimiento ajeno a lo previsto en el contrato o un caso fortuito impiden el cumplimiento de una prestación contractual, cabe preguntarse quién soportará el riesgo y en quién recae el peligro.”¹⁴⁶

En el ejercicio profesional de los médicos los riesgos o peligros son constantes y en todas sus acciones, en la prescripción de medicamentos como en los procedimientos quirúrgicos, y los resultados están sujetos a las reacciones fisiológicas de cada uno de los individuos, lo que a uno le benefició a otro perjudicó, y a otro más ni lo uno ni lo otro. La base biológica de los hombres es determinante

¹⁴⁶ Diccionario Jurídico Mexicano, P-Z, Edición histórica, Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2009, p. 3396

de forma individual en los diferentes padecimientos y responden de forma única, por tal algunos pacientes mueren y otros no. El personal de salud está expuesto a las respuestas de cada organismo. Cuando el paciente tiene un padecimiento acude al médico con el fin de aliviar su sufrimiento y está dispuesto a correr el riesgo que representa el consumo de sustancias, así como de procedimientos quirúrgicos que tienen la probabilidad de causar daño al bien jurídico tutelado, pero, el Estado ha permitido un cierto nivel de peligro que resulte más en beneficio que en perjuicio.

El cirujano al realizar su trabajo necesariamente tiene que causar lesiones al cuerpo del paciente, las heridas corren el riesgo de infectarse si no son atendidas como corresponde, según la *lex artis*, que incluye guías clínicas, literatura especializada, normas y reglamentos que expresan como debe llevarse a cabo tal intervención, en esto consiste el deber de cuidado del médico, de seguir con precisión las indicaciones de la norma, de la guía clínica o de la literatura médica especializada. No hacerlo le genera obligaciones por estar fuera del riesgo permitido, que pueden solucionarse por la vía penal, civil, administrativa y laboral.

La Teoría de la Imputación Objetiva señala que sólo de las acciones causales de un resultado material propias de un individuo le son imputables, por esto es importante deslindar las responsabilidades que les corresponden a los participantes en el tratamiento o intervención quirúrgica, y desde el punto de vista de la Teoría de la Imputación Objetiva es responsable quien actúa en propio riesgo, quien actúa en carácter de subordinado no es alcanzado por las obligaciones de pago o reparación de daños.

En el ejemplo que hemos citado en el inciso anterior, la mujer con un embarazo de 26 semanas que se presenta en el hospital en trabajo de parto pre término, que no recibe el tratamiento de útero-inhibición para evitar el parto, con el consecuente nacimiento prematuro del producto y su muerte por inmadurez, la ausencia de la indicación vía telefónica,

por parte del médico tratante, por estar ausente en el momento en que llega, ni por parte del médico que la recibe, ambos cirujanos, son denunciados y procesados por homicidio culposo, quienes son absueltos por la primera instancia. Inconforme, el Ministerio Público apela, y la autoridad de apelación confirma la sentencia de la primera instancia que ordena la definitiva y absoluta libertad de los acusados por falta de elementos.

Los argumentos de la defensa de los médicos se reducen a la altísima probabilidad de los resultados mortales de los embarazos de alto riesgo, complicado en este caso con la presencia de un dispositivo intrauterino, los peritos coincidieron en que aun habiendo administrado los útero-inhibidores el resultado hubiera sido fatal, el parto continuaría y el producto moriría, tal como sucedió, es decir que la conducta alternativa hubiera concluido en el mismo resultado, lo que no ayuda mucho, pues este recurso jurídico es ideal inalcanzable por la realidad. Las estadísticas señalan un 95% (noventa y cinco por ciento) de probabilidades de muerte, pero, aquí la duda, que siempre persistirá: ¿el neonato pudo estar en ese reducido cinco por ciento de probabilidades de vivir?

Los profesionales de la salud violentaron el deber de cuidado de iniciar inmediatamente el tratamiento de útero-inhibición, independientemente de los resultados mortales que la estadística indica con mayor posibilidad.

La violación al deber de cuidado los hace responsables de homicidio culposo. Los médicos sabían, pero, no querían el resultado mortal, no obstante continuaron con la esperanza de que el resultado no se presentara.

El expediente clínico incompleto es otra violación al deber de cuidado, que conduce al paciente a la salud o a la muerte.

Al aplicar los principios de la Teoría de la Imputación Objetiva, los médicos, son culpables por la violación, principalmente de dos deberes de cuidado, no iniciar el tratamiento de útero-inhibición y del expediente

clínico incompleto, así como de la muerte del neonato, es decir, que sus conductas son causa de lo causado, se cumplen los tres principios, la acción u omisión, el resultado material y el nexo causal.

En el caso comentado el incremento del riesgo, por parte de los médicos, queda de manifiesto en la omisión del tratamiento, el expediente incompleto también incrementa el peligro de lesión del bien, en este caso la vida del producto, esto si el incremento del riesgo propicia las condiciones materiales para el desenlace típico, que concluye en daño al bien jurídico.

“El riesgo permitido es considerado, en el marco de la moderna teoría de la imputación objetiva, como un instituto dogmático liberador de la responsabilidad penal. En concreto, permite distinguir entre las conductas inmersas en el tipo penal y las que han de quedar fuera de su alcance, aun cuando hayan producido causalmente el resultado lesivo. En atención a ello, la importancia de esta categoría dogmática ha venido siendo sostenida, desde diversas perspectivas y con algunos matices, como medular para la teoría de la imputación objetiva, aunque ciertamente no ha estado exenta de críticas o cuestionamientos. Su fundamento reside en los riesgos ínsitos en toda interacción social, por más cotidiana o inofensiva que ésta parezca. Por ello, es acertado afirmar que una sociedad sin riesgos no es posible y que, sin embargo, no por tal razón se plantea siquiera la posibilidad de renunciar a ella o a la realización de algunas actividades que, aunque riesgosas, son necesarias para la convivencia y el funcionamiento de la sociedad actual. En suma, no toda creación de un riesgo del resultado puede ser objeto de una prohibición del Derecho penal, pues ello significaría una limitación intolerable de la libertad de acción”¹⁴⁷

¹⁴⁷ Gaceta Penal & Procesal Penal, tomo 14, agosto-2010, pp. 55-76, Medina Frisancho, José Luis, La teoría de la Imputación Objetiva en el Sistema Funcional del Derecho Penal, disponible en:

https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20110307_01.pdf

El riesgo creado, originalmente establecido en el Derecho Civil, como ya hemos mencionado, expresado en el Código Civil Federal, en los artículos 1910-1916, se refieren a las actividades profesionales, como el ejercicio profesional del médico, que permiten el desarrollo de la sociedad, no sujeto a la ley penal, tiene la justificación de la negligencia inexcusable del paciente. En el ejemplo que hemos mencionado, según se expresa en autos, el médico indicó al esposo de la paciente que comprara los útero-inhibidores, pero, éste no lo hizo. Pudiera parecer que la negligencia, no de la paciente, sino de su esposo provocó el nacimiento de su hijo, pero, si nos detenemos un poco comprenderemos de inmediato que la posición de garante del médico lo obliga a evitar la lesión al bien jurídico, por lo que el médico debió, él mismo, ordenar el medicamento. No obstante por esta vía civil sólo se reclama la reparación del daño material y si corresponde el daño moral, con la obligación de la autoridad civil de denunciar ante el Ministerio Público la conducta u omisión típica, antijurídica y culpable.

“Sintetizando la exposición, puede decirse a grandes rasgos que bajo el rótulo de riesgo permitido se agrupan dos bloques de supuestos: por una parte, casos en que una determinada actividad riesgosa es jurídico-penalmente permitida en atención a ciertas circunstancias, ya sea en virtud de una positivización o reglamentación expresa (como sucede en el tráfico viario, el ámbito industrial, competiciones deportivas, juegos autorizados de apuestas, etc.), ya sea en ausencia de dicha reglamentación (los clásicos deberes de cuidado traducidos en la *lex artis*, por ejemplo, en la práctica médica). Por otra parte, se encuentran aquellas conductas que, aunque generadoras de riesgos, se hallan caracterizadas por su evidente normalidad social (conductas con insignificancia jurídico-social o con una conexión muy débil con el resultado lesivo posterior, como el doctrinalmente conocido caso del

sobrino que envía a su tío a pasear bajo la tormenta o que le aconseja viajar en un avión en el que luego perece tras un accidente aéreo).”¹⁴⁸

La aplicación de Teoría de la Imputación Objetiva en el comportamiento de los profesionales de la salud se circunscribirá en la totalidad de sus acciones reglamentadas por la norma, guías clínicas y la literatura especializada, las conductas típicas del médico conllevan un riesgo permitido por la sociedad, por ejemplo, los procedimientos quirúrgicos para realizarlos es necesario causar lesiones corporales, que sanen en menos o más de quince días, conductas descritas en el Código Penal Federal, en los artículos 288, 289 y 293, que a la letra dicen:

“Artículo 288.-Bajo el nombre de lesión, se comprende no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deja huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa.

Artículo 289.-Al que infiera una lesión que no ponga en peligro la vida del ofendido y tarde en sanar menos de quince días, se le impondrán de tres a ocho meses de prisión, o de treinta a cincuenta días multa, o ambas sanciones a juicio del juez. Si tardare en sanar más de quince días, se le impondrán de cuatro meses a dos años de prisión y de sesenta a doscientos setenta días multa.

Artículo 293.- Al que infiera lesiones que pongan en peligro la vida, se le impondrán de tres a seis años de prisión, sin perjuicio de las sanciones que le correspondan conforme a los artículos anteriores.”

Las conductas típicas señaladas en los artículos mencionados del Código Penal Federal son toleradas por la sociedad, dentro de los

¹⁴⁸ Gaceta Penal & Procesal Penal, tomo 14, agosto-2010, pp. 55-76, Medina Frisancho, José Luis, La teoría de la Imputación Objetiva en el Sistema Funcional del Derecho Penal, disponible en:

https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20110307_01.pdf

límites del riesgo permitido, que de acuerdo con la Teoría de la Imputación Objetiva disminuyen el riesgo del daño a la salud del paciente derivado de una enfermedad, como el ejemplo de la apendicitis, que de no actuar efectuando el procedimiento quirúrgico necesario el paciente muera, por la perforación del apéndice y la consecuente septicemia. El deber de cuidado se refiere al diagnóstico preciso por la exploración física, y en caso de duda ordenar los análisis de laboratorio y los estudios de gabinete. El tratamiento indicado es la cirugía para extirpar el apéndice y los cuidados postoperatorios con antibióticos para evitar que la herida se infecte.

Si el médico confunde los síntomas del paciente, al no confirmar el padecimiento con los análisis de laboratorio y los estudios de gabinete, y diagnóstica un padecimiento diferente al real comete un error de tipo, al confundir la uremia con la apendicitis los resultados materiales son diferentes, la uremia conduce a un tratamiento renal y la apendicitis a la extracción del apéndice, el deber de cuidado violentado es el no haber ordenado los complementos de laboratorio y gabinete, el resultado mortal es el delito de homicidio culposo.

Conclusión

El presente trabajo de investigación se refiere a una propuesta de aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva al delito de homicidio culposo del médico para lo que se revisaron los fundamentos que rigen a esta teoría según lo propone Claus Roxin, y lo complementamos con la Teoría de la Prohibición de Regreso, que aunque es de la misma línea funcionalista el autor es Günther Jakobs, los dos autores de origen alemán.

La teoría de la Imputación Objetiva gira en torno al principio del riesgo permitido y explica que al autor solo se le puede imputar la acción

propia, así como el resultado material estableciendo un nexo entre el sujeto y el comportamiento que modifica su entorno. Mientras permanezca dentro de los límites del riesgo permitido no es imputado, pero, si por descuido imprudente, del médico, el paciente muere, será responsable de homicidio culposo.

La imprudencia médica la hemos definido como un principio genérico y sus especies a la negligencia, la impericia y el exceso de confianza. La negligencia es la aplicación equivocada de la técnica conociéndola, la impericia es producto de la ignorancia y el exceso de confianza es la creencia de que los colaboradores en el procedimiento cumplirán con su responsabilidad. De esta forma la imprudencia médica se percibe cuando la acción del médico cae en alguno de estos supuestos.

Por los resultados materiales, consecuencia de la violación de un deber de cuidado, es imputable por culpa a quien la cometa, así si se produce la muerte, será culpable por homicidio culposo. El deber de cuidado debe ser violentado por incremento del riesgo y que se materialice en el resultado.

Luego entonces el descuido es producto de un error de prohibición, por ejemplo, cuando el médico hace un diagnóstico equivocado, y no ordena los estudios de laboratorio y de gabinete para un diagnóstico diferenciado y confirmar o desechar el diagnóstico propuesto. No indicar los estudios de laboratorio y de gabinete complementarios, es una violación al deber de cuidado, si el resultado material es mortal, el profesional de la salud será culpable de homicidio culposo, siempre y cuando el error sea evitable, en caso contrario es exculpado.

El error de prohibición también se presenta cuando el profesional cree que actúa protegido por una causal de exclusión que no existe, por ejemplo, asistir a un paciente para que se suicide, creyendo que su conducta no es antijurídica, que esta resguardado por el Derecho.

El error de tipo en el ejercicio profesional del médico, inevitable o evitable, es exculpado cuando es inevitable, sin embargo, si es evitable aparece la culpa, en los linderos del dolo eventual. Cuando las

circunstancias no permiten que se perciba la realidad como es, estamos frente a un error de tipo. Por ejemplo, confundir el brazo izquierdo por el derecho, un diagnóstico equivocado, prescripción de un medicamento equivocado, etc.

La violación del deber de cuidado es actuar o no fuera de los límites del riesgo permitido, por el contrario cumplir con él es estar conforme a lo señalado por la norma, guía clínica o *lex artis*, en esta última se incluye la literatura especializada.

El concepto de imputación se define como la relación que se establece entre una acción típica, antijurídica y culpable, y un resultado material que se carga a la cuenta de un sujeto, pero solo lo que le sea imputable. En los delitos de resultado material, el resultado debe percibirse por los sentidos, para el caso del homicidio la presencia del cadáver es primordial, en los delitos de lesiones las heridas manifiestan su existencia. La imputación objetiva solo es posible por el resultado material de la acción típica, antijurídica y culpable. Uno de los requisitos es que una acción u omisión humana produce un cambio en el mundo exterior de un sujeto considerada como un delito por el código penal, por lo que al autor de tal acción u omisión se le atribuye la culpabilidad. En la Teoría de la Imputación Objetiva se requieren tres situaciones: a) que el comportamiento del sujeto que actúa haya creado un riesgo no permitido para el objeto de acción; b) que el riesgo se haya realizado en el resultado concreto, y c) que el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo.

Toda conducta típica es alcanzada por el tipo penal, creada por el autor y queda fuera del riesgo permitido. Por ejemplo, cuando el paciente recibe una dosis de medicamento mayor a la permitida, la conducta está fuera del riesgo permitido y crea un riesgo jurídicamente relevante que pone en peligro de lesión a los bienes jurídicos, la salud y la vida.

El principio del riesgo permitido, fundamento de la Teoría de la Imputación Objetiva de Roxin, se resume en la disminución del riesgo, creación de un riesgo jurídico penalmente relevante o no permitido (o creación de un riesgo prohibido), aumento del riesgo permitido y en la esfera de protección o ámbito de aplicación de la norma.

El legislador prevé dos tipos de resultado, el formal y el material; para los delitos de resultado material requiere además de la simple acción la producción de un resultado. Es decir, exige una relación de causalidad entre la acción y el resultado. En los delitos de resultado debe darse una relación de causalidad, una relación que permita ya en el ámbito objetivo la imputación del resultado producido al autor de la conducta que lo ha causado es, por lo tanto presupuesto mínimo para exigir una responsabilidad en los delitos de resultado.

La propuesta de aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva al delito de homicidio culposo del médico comienza con la capacidad de ser imputado, tal es el caso del sano juicio, de la posición de la calidad de garante, que obliga al profesional de la salud a proteger y no provocar la lesión de los bienes jurídicos, que son la salud y la vida de los pacientes. Lo que explica Roxin, promotor de ésta teoría, se fundamenta en los principios de la Teoría del Riesgo, Teoría del Incremento del Riesgo, Teoría del Fin de Protección de la Norma, Teoría de la Prohibición de Regreso.

La imputación objetiva se aplica en los delitos de resultado, como lo es el homicidio, al igual que en los de mera actividad, en el momento en que se reúnen los siguientes elementos: la conducta, el resultado material y el nexo causal.

Las acciones de los médicos se encuadran al tipo penal cuando su comportamiento daña los bienes jurídicos, salud y vida, por violación al deber de cuidado en el

ejercicio de su profesión, el que se expresa al no ordenar los estudios de laboratorio y de gabinete necesarios con el fin de realizar un diagnóstico diferencial cuando los síntomas confunden un padecimiento con otro. De acuerdo con los principios de la Teoría de la Imputación Objetiva, la conducta que incrementa el riesgo es una conducta prohibida, que se expresa en el resultado material, y establecido un nexo causal, conducen a la imputación del médico, con lo que se integran los elementos necesarios para incoar el proceso por delito culposo.

Por el contrario cuando las acciones conducen a una disminución del riesgo y logran el restablecimiento de la salud del paciente.

El médico que prescribe medicamentos, elabora un diagnóstico o realiza una cirugía, procedimientos por los que se causa la muerte del paciente es culpable de homicidio culposo, si no se demuestra la intención de matar, la imprudencia en la que se inserta el error, la impericia, negligencia y exceso de confianza son producto de la violación del deber de cuidado indicado en la norma, en las guías clínicas y la literatura especializada, es la *lex artis ad hoc*. La utilización de instrumental quirúrgico sin esterilizar por parte del cirujano, es incrementar el riesgo de infecciones que pueden producir la muerte del paciente; sin la verificación del cirujano es exceso de confianza, es la creencia de que los involucrados en el procedimiento quirúrgico han hecho lo que les corresponde, y de acuerdo con los principios de la Teoría de la Imputación Objetiva el responsable siempre será el cirujano, pues el resultado mortal ha sido alcanzado por la realización

de un peligro creado por el autor y no abarcado por el riesgo permitido, el requisito es la comprobación de que el resultado es obra del autor, a menos que el instrumentista haya actuado por propio riesgo, entonces éste será el culpable, esto quiere decir que el cirujano haya verificado la esterilización y el instrumentista cambie los instrumentos asumiendo que es inútil la esterilización.

Los principios propuestos por Roxin para determinar el juicio de imputación objetiva del resultado son los siguientes: a) la disminución del riesgo; b) la creación de un riesgo jurídicamente relevante; c) el incremento del riesgo permitido y d) la esfera de protección de la norma.

El médico disminuye el riesgo cuando el diagnóstico es preciso y el tratamiento, en el caso del paciente con apendicitis que es intervenido oportunamente para extraer el apéndice inflamado, la cirugía se realiza apegada a la norma, con la consecuente preservación de la vida del paciente.

En el caso de la mujer que acude en trabajo de parto, con embarazo de 26 semanas, el comportamiento de los médicos incrementan el riesgo del nacimiento prematuro del producto, lo que sucede al no aplicar los medicamentos indicados para evitar el parto, el resultado material es el nacimiento prematuro y la consecuente muerte del neonato. El resultado material es debido al incremento del riesgo por el comportamiento omiso de los médicos, es el riesgo prohibido. Al establecer el nexo

entre la omisión y el resultado material, los médicos son imputables. La violación al deber de cuidado se materializa en el momento de la omisión de los medicamentos.

El tipo objetivo de los delitos culposos o imprudentes exige la presencia de dos elementos: a) la violación de un deber objetivo de cuidado, plasmado en normas jurídicas, normas de la experiencia, normas del arte, ciencia o profesión, y b) la producción de un resultado típico imputable objetivamente al autor por haber creado o incrementado un riesgo jurídicamente relevante.

La aplicación de los principios de la Teoría de la Imputación Objetiva al resultado material del ejercicio profesional de los médicos es posible porque sus acciones u omisiones podrían lesionar los bienes jurídicos tutelados, la salud y la vida, todo acto médico tiene un resultado material, por ejemplo, si no extrae el apéndice y éste se perfora, provocando peritonitis, la muerte del paciente es muy probable, aquí el acto omisivo del médico será la causa del fallecimiento del paciente, si ocurriera. La comisión por omisión es la omisión de la cirugía y la comisión es la muerte del paciente. La imputación objetiva será por homicidio culposo, en tanto no se demuestre intencionalidad de parte del cirujano, la comisión por omisión, es no realizar la cirugía, comportamiento que modifica el entorno, que es la muerte del paciente, por otra parte esa modificación que es la pérdida de la vida por causa de la omisión, resultado material, que colma el tipo penal de homicidio, es imputable estableciendo su antijuridicidad y culpabilidad por el nexo causal que vincula al actor con el paciente. Por tal razón y habiendo lesionado los bienes protegidos, la vida y la salud, por acción u omisión, será penado el actor según este señalado en el Código Penal Federal.

El delito de homicidio culposo, en el caso de la paciente del parto prematuro, se presenta cuando es evitable que suceda no habiendo omitido la conducta que se espera del garante, en este caso el médico

no actuó como se esperaba que actuara, es decir aplicando inmediatamente el medicamento que relajaría el útero para impedir que naciera el producto, no obstante, no se hizo, y esto es lo que se les reprocha a los médicos, desde el punto de vista de la Teoría de la Imputación Objetiva, los médicos involucrados no debieron ser absueltos absolutamente, sin ningún tipo de sanción. Los peritajes, que fueron tres, confirmaron que estadísticamente la probabilidad de supervivencia del neonato era del cinco por ciento, pero siempre queda la duda de que éste pudo estar en ese cinco por ciento, y esto nunca lo sabremos.

Al aplicar los principios de la Teoría de la Imputación Objetiva, los médicos, son culpables por la violación, principalmente de dos deberes de cuidado, no iniciar el tratamiento de útero-inhibición y del expediente clínico incompleto, así como de la muerte del neonato, es decir, que sus conductas son causa de lo causado, se cumplen los tres principios, la acción u omisión, el resultado material y el nexo causal.

Bibliografía.

BIBLIOGRAFIA BÁSICA

1. Alvarado Martínez, Israel, La estructura de los tipos penales y los alcances del principio constitucional de legalidad en las construcciones típicas contra el ambiente, P. 291. Disponible en:
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/posder/cnt/5/cnt/cnt15.pdf>
2. Anales de Derecho. Universidad de Murcia. Número 19. 2001. P. 264. La imputación objetiva en los delitos imprudentes, Beatriz Romero Flores, Becaria de investigación en Derecho Penal. Disponible en:
<http://revistas.um.es/analesderecho/article/viewFile/56651/54601>
3. Benavente Chorres, Hesbert, La imputación objetiva en la omisión impropia o comisión por omisión, Flores Editor y Distribuidor, México, 2011.
4. Biblioteca Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México, Franz Von Liszt y el "Programa de Marburgo, sin lugar de edición, sin fecha. Disponible en:
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/991/2.pdf>
5. Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, Editorial Porrúa, México, quincuagésima edición, 2010.
6. Dal Dosso, Darío Alberto, Teoría de la Imputación Objetiva, Investigación para la evaluación final correspondiente a la VI Edición del Master propio en Derecho Penal, Universidad de Sevilla, Octubre/Noviembre 2011. Disponible en:
<http://master.us.es/cuadernosmaster/8.pdf>

7. Daza Gómez, Carlos, Teoría General del Delito, Sistema finalista y funcionalista, editorial Flores Editor y Distribuidor, México, quinta edición 2006.
8. Díaz-Aranda, Enrique, Derecho Penal, Parte General (Conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social), Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2012. Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
9. Donna, Edgardo Alberto, Teoría del delito y de la pena, 2, imputación delictiva, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1995.
10. Gaceta Penal & Procesal Penal, tomo 14, agosto-2010, pp. 55-76, Medina Frisancho, José Luis, La teoría de la Imputación Objetiva en el Sistema Funcional del Derecho Penal, disponible en:
https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20110307_01.pdf
11. García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga, Coordinadores, Análisis del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, Terceras Jornadas de Justicia Penal “Fernando Castellanos Tena”, DOLO, CULPA Y NEXO DE CAUSALIDAD, Raúl GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS. Disponible en:
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/193/dtr/dtr4.pdf>
12. Gimbernat Ordeig, Enrique, Fin de protección de la norma e imputación objetiva, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid, El presente trabajo se ha publicado en Portugal, en el libro-homenaje a Jorge Figueiredo Días, y se enmarca dentro del Proyecto I+D del

Ministerio español de Educación y Ciencia SEJ2006-0659/JURI, disponible en:

[file:///C:/Users/Alonso/Downloads/Dialnet-FinDeLaProteccionDeLaNormaElImputacionObjetiva-3004297%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Alonso/Downloads/Dialnet-FinDeLaProteccionDeLaNormaElImputacionObjetiva-3004297%20(1).pdf)

13. Ihering, Rudolf Von, El fin en el Derecho, Editorial Heliasta, Buenos Aires, sin edición, 1978.
14. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Capítulo Tercero, La aplicación de la imputación a la víctima en delitos de resultado, I. Reflexión de la imputación objetiva en delitos de resultado, pp. 144-145, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3537/5.pdf>
15. LXII Legislatura Cámara de Diputados, Regulación del Aborto en México, Estudio Teórico Conceptual, de Antecedentes Legislativos, Instrumentos Jurídicos Internacionales, Jurisprudencia y Opiniones Especializadas (primera parte), disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SAPI-ISS-32-14.pdf>
16. Martínez Escamilla Margarita, La imputación objetiva del resultado, Una primera aproximación, p. 68; disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/193/dtr/dtr4.pdf>
17. Orellana Wiarco, Octavio Alberto, Teoría del Delito, Sistemas causalista, finalista y funcionalista, editorial Porrúa, México.
18. Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, Editorial Porrúa, México, 2008.
19. Plascencia Villanueva, Raúl, Teoría del delito, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004.
20. Posse, Verónica, La determinación del deber de cuidado siempre es objetiva y las capacidades especiales del sujeto

carecen de incidencia a nivel de la tipicidad. Especial enfoque desde el ámbito de la medicina. Presentado en la Uba, en el marco de la especialidad en "Derecho Penal, Materia Derecho Penal Parte General, Cátedra a cargo del Der. Edgardo Donna.

Disponible en:

http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/19082012/dp-deber_cuidado_objetiva.pdf

21. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2003, núm. 05-05. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-05.pdf>
22. Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM, Vol. 2, núm. 3, 2006, Delitos de comisión por omisión (omisión impropia), Wendy Fuentes Barragán.
23. Revista Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Guayaquil, "La prohibición de Regreso en el Pensamiento de Jakobs (temas de participación criminal) por el Dr. Carlos Parma, pp. 1-19. Disponible en: http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2005/19/19_La%20Prohibicion%20de%20regreso.pdf
24. Roxin Claus, Teoría del Tipo Penal (Tipos abiertos y elementos del deber jurídico), Editorial UBIJUS, Buenos Aires, segunda edición, 2014.
25. Roxin, Claus, Derecho Penal, Parte general, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Primera edición, 1997, Editorial Civitas, España.
26. Seminario, El ejercicio Actual de la medicina, p. 8, disponible en: http://www.facmed.unam.mx/sms/seam2k1/2004/ponencia_may_2k4.hm
27. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Décimo Primera Sala, Magistrados: Lics. Javier Raúl Ayala y Enrique

Sánchez Sandoval. Ponente Mag. Lic. Enrique Sánchez Sandoval. Recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público en contra de la sentencia decretada en causa penal. Disponible en:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/anjuris/cont/248/pr/pr4.pdf>

28. Universidad Nacional Autónoma de México, Revista de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, www.juridicas.unam.mx

<http://biblio.juridicas.unam.mx> Daza Gómez, Carlos, Teoría de la imputación objetiva, disponible en:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/219/dtr/dtr3.pdf>

29. Welzel, Hans, El Nuevo Sistema del Derecho Penal, Una introducción a la doctrina finalista, Editorial UBIJUS, Buenos Aires, primera edición 1964.

30. Academia Mexicana de Cirugía, Aguirre-Gas, Héctor Gerardo y otro, El error médico. Eventos adversos, Cirugía y Cirujanos, vol. 74, núm. 6, noviembre-diciembre, 2006, p. 498. Disponible en:

<http://www.redalyc.org/pdf/662/66274614.pdf>

LEYES CONSULTADAS

1. Código Civil para el Distrito Federal
Última reforma publicada en la Gaceta Oficial del distrito Federal, el 5 de febrero de 2015.
2. Código Penal Federal
Última reforma Diario Oficial del 12 de enero de 2012
3. Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos

Última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de enero de 2016.

4. Ley General de Salud

Última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de noviembre de 2015.

5. Norma Oficial Mexicana NOM-006-SSA3-2011, para la práctica de la anestesiología. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de marzo de 2012

6. Norma Oficial Mexicana NOM-024-ssa3-2012

Publicada en el Diario Oficial de la Federación el viernes 30 de noviembre de 2012, sistemas de información de registro electrónico para la salud. Intercambio de información en salud.

7. Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Prestación de Servicios de Atención Médica.

Disponible en:

<http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/nom/compi/rlgsmmpsam.html>

8. Norma Oficial Mexicana NOM-046-SSA2-2005. Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención.

Disponible en:

http://www.inm.gob.mx/static/Autorizacion_Protocolos/SSA/Violencia_familiar_sexual_y_contra_las_mujeres_criterios_par.pdf

9. Norma Oficial Mexicana NOM-026-SSA3-2012, Para la práctica de la cirugía mayor ambulatoria.

Disponible en:

http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5262609&fecha=07/08/2012