

**LA TIPIFICACIÓN DE LA CONDUCTA DE FALTA DE ATENCIÓN MÉDICA A
PACIENTES EN ESTADO DE EMERGENCIA EN ECUADOR Y COLOMBIA**

Gabriel Mauricio Ponce Hernández

Universidad Santo Tomás

Resumen:

Este trabajo analiza el tipo penal de falta de atención a pacientes en estado de emergencia existente en Ecuador desde la legislación de 1995 y luego de la promulgación del Código del 2014, que incorpora la responsabilidad penal de la persona jurídica. Este análisis se confronta con el de la legislación colombiana, que no tiene dicha conducta, pero cuenta con normativa administrativa y de responsabilidad civil para regular el acto médico y las obligaciones profesionales frente a situaciones similares. El enfoque parte de los postulados de política criminal enseñados por Claus Roxin, que justifican la falta de necesidad de la tipificación de la conducta propuesta, impidiendo incurrir en un sistema populista donde la norma pase a ser un factor simbólico.

Palabras claves:

Pacientes, emergencia, salud, conducta típica, sanción penal.

Abstract:

This work studies the criminal behavior about the lack of attention to patients in emergency situations that Ecuadorian legislation has since 1995 and keep in the 2014 Code which also recognize the criminal liability of corporations. This analysis confronts the Colombian legislation that doesn't have it, but has administrative and civil regulations that matter the liability of same circumstances. The analysis of this thesis starts from Claus Roxin's criminal policies that doesn't justify the need of this behavior as a criminal issue, with this understanding the legal system could avoid populism legislation that only works for symbolic conceptions.

Key words

Patients, emergency, health, criminal behavior, criminal condemn

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. Planteamiento del problema y estrategia de investigación	1
2. Literatura utilizada	2
3. Objetivo e hipótesis	3
4. Metodología y pregunta de investigación	3
5. Resultados	4
 CAPÍTULO I: EL TIPO PENAL DE FALTA DE ATENCIÓN MÉDICA A PACIENTES EN ESTADO DE EMERGENCIA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA	 6
1. Sistema penal ecuatoriano vigente hasta el 10 de agosto de 2014	6
2. Estudio del artículo 13 de la Ley de Derechos y Amparo al Paciente	9
2.1. El bien jurídico protegido	10
2.2. Elemento objetivo	16
2.2.1. La modalidad de la conducta omisiva: delito de acción u omisión	16
2.2.1.a. Teorías sobre la acción	16
2.2.1.b. Teorías sobre la omisión	18
2.2.2. Postura sobre la situación concreta del verbo “negar”	22
2.3. Sujetos de la relación penal	23
2.3.1. Sujeto activo	23
2.3.2. Sujeto pasivo	25
3. El concepto de peligro en la negación a la prestación de servicios de salud a pacientes en estado de emergencia	25
 CAPÍTULO II: ELEMENTO SUBJETIVO	 29
1. La diferencia conceptual entre la culpa y el dolo	29
1.1. Los delitos culposos o imprudentes	29
1.2. Los delitos dolosos	33
2. La conducta del artículo 13 de la ley de derechos y amparo al paciente: ¿dolosa o culposa?	35

CAPÍTULO III: LA FALTA DE ATENCIÓN A PACIENTES EN ESTADO DE EMERGENCIA DENTRO DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL	38
1. Cambios referentes a los sujetos activos de delito bajo el esquema del nuevo Código Orgánico Integral Penal	38
1.1. La responsabilidad penal de la persona jurídica en la legislación ecuatoriana	38
1.2. Los sujetos activos calificados en el nuevo Código Orgánico Integral Penal	43
2. Imputación objetiva	48
 CAPÍTULO IV: EXPERIENCIA ECUATORIANA FRENTE AL TIPO PENAL DE DESATENCIÓN A PACIENTES EN ESTADO DE EMERGENCIA	 50
1. Experiencia judicial: Sentencia de 9 de junio de 2014	50
2. Sentencia dictada por el Tribunal Penal sobre la participación del administrador del centro médico	51
2.1. Materialidad de la infracción	51
2.2. Argumentos de culpabilidad encontrada por el Tribunal en contra del administrador del centro médico	52
3. Conclusiones críticas a las sentencias ecuatorianas	53
 CAPÍTULO V: EL DERECHO DE RESPONSABILIDAD MÉDICA EN COLOMBIA	 55
1. Justificación del estudio de la normativa civil y administrativa en el derecho colombiano	55
2. El ordenamiento jurídico en Colombia	55
2.1. Superintendencia Nacional de Salud	56
2.2. ¿Qué es el sistema de Seguridad Social en Salud?	57
3. Reconocimiento de la Salud como un derecho fundamental	58
4. La relación contractual entre médico y paciente	61
4.1. El deber jurídico del médico frente al paciente	63
4.2. La <i>lex artis</i> para la definición de antijuridicidad	65
 CAPÍTULO VI: EL INCUMPLIMIENTO DEL SERVICIO MÉDICO	 69
1. Responsabilidad civil	69
2. Responsabilidad administrativa	71
3. Responsabilidad penal en Colombia por falta de atención a pacientes en estado de emergencia	73

3.1. El ordenamiento jurídico penal de Colombia	73
3.1.1. Delito de omisión propia	76
3.1.2. Delitos de omisión impropia o de acción por omisión	78
3.2. El garante o la posición de garante	80
3.2.1. Teorías que justifican la posición de garante	82
3.2.1.a. Deberes atinentes a los garantes de protección	83
3.2.1.b. Deberes atinentes a los garantes de vigilancia o garantes de aseguramiento	85
3.3. El problema del funcionalismo radical de Jakobs en la teoría de Colombia	87
3.4. La situación del artículo 25 del Código Penal de Colombia	90
3.5. La situación real que vive el sistema sanitario en Colombia	91
4. Posible tipificación del comportamiento de no atención a pacientes que se encuentran en estado de emergencia	93
5. Reflexiones parciales	94
 CAPÍTULO VII: TIPIFICACIÓN DE LA CONDUCTA DE NO ASISTENCIA MÉDICA A PACIENTES EN ESTADO DE EMERGENCIA. ¿NECESIDAD O POPULISMO PENAL?	 97
1. Política criminal y el reconocimiento de derechos fundamentales	97
2. Política criminal y la función de protección que cumplen los bienes jurídicos sobre los derechos fundamentales	98
3. El expansionismo del Derecho Penal: Derecho Penal simbólico	100
 CAPÍTULO VIII: EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO Y LA TIPIFICACIÓN DE LA CONDUCTA DE FALTA DE ATENCIÓN A PACIENTES EN ESTADO DE EMERGENCIA	 104
1. Conductas penales tipificadas en el Código Penal de Colombia y su relación con el “paseo de la muerte”	104
2. ¿La falta de atención a pacientes en estado de emergencia podría constituir una circunstancia de agravación al delito de homicidio o lesiones?	109
 CONCLUSIONES	 111
 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	 116

INTRODUCCIÓN

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y ESTRATEGIA DE INVESTIGACIÓN

El problema objeto de estudio de este trabajo es la conducta penalmente prohibida de falta de atención médica a pacientes en estado de emergencia, tipificada en la legislación ecuatoriana. En este país sólo existe una sentencia que sanciona dicha prohibición y que quedó ejecutoriada en segunda instancia, es decir, que nunca llegó a conocimiento de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador. En cambio, en Colombia existe un problema real denominado el “paseo de la muerte”, que, como consta en los reportes periodísticos, consiste en la omisión de atención médica a pacientes en situación de emergencia por no encontrarse afiliados a una Entidad Promotora de Salud (EPS) apta para la prestación de servicio requerido. Esta situación ha provocado la muerte de los usuarios del sistema.

Frente a este problema, la presente tesis busca una posible solución, que puede ser la incorporación a la legislación penal de Colombia de una conducta típica semejante a la de Ecuador, pese a la falta de aplicación general de esa norma en los tribunales de justicia. Como consecuencia, el desafío se encuentra en identificar si catalogar a esta conducta como delito es correcto desde los principios dogmáticos de política criminal señalados por Claus Roxin (2002; 2008), o si esto deviene en un nuevo problema de populismo penal, dejando a la norma con una función meramente simbólica. La solución al inconveniente planteado sería, quizás, fortalecer al sistema extrapenal para que el Estado garantice la asistencia en salud, conforme lo asegura la Constitución de Colombia.

La estrategia de la investigación utilizada fue el análisis de legislación de los dos países para comparar los sistemas jurídicos y desarrollar una idea clara de la funcionalidad del tipo penal. Esto se complementa con el análisis de la legislación binacional, que ha sido conceptualizada mediante el estudio de la doctrina penal relacionada al tipo propuesto, junto a los estudios sobre política criminal, de la cual debe surgir la necesidad de la tipificación de conductas penales o su descriminalización.

2. LITERATURA UTILIZADA

Por su carácter estrictamente doctrinario, esta tesis utiliza como fuente a los textos jurídicos que recogen el desarrollo del derecho penal, desde el derecho penal clásico explicado por Nódier Agudelo (2007; 2008), al neokantismo como lo expone Luis Jiménez de Asúa (2005), para luego revisar doctrina más actualizada como la de Hans Welzel (1956; 2011), quien propone la teoría del finalismo, y concluir en la escuela funcionalista de Roxin (2002; 2008). También fue utilizado el planteamiento esbozado por Günther Jakobs (1997; 2007; 2002), sobre todo por la fuerte influencia que sus posturas han tenido en la academia colombiana.

Como aquí se pretende un estudio introductorio al sistema jurídico extrapenal y penal de Colombia, el cual verse sobre el problema de la responsabilidad en el marco administrativo, civil o penal por falta de atención médica a personas en estado de emergencia, también se ha revisado doctrina de Derecho administrativo y de Derecho Civil. A esto se agregan sentencias dictadas por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Colombia. En

conjunto, estas son las herramientas necesarias para comprender el sistema sancionatorio no penal colombiano.

Finalmente, para justificar la base que debe tener todo ordenamiento jurídico y especialmente el sostén del sistema penal, se han revisado fuentes dogmáticas de los principios de política criminal. Estas prescriben que el sistema penal debe estar previamente justificado en los principios o fuentes de política criminal para evitar tener legislaciones de tinte meramente simbólico. Esto no significa que este trabajo sea de política criminal.

3. OBJETIVO E HIPÓTESIS

Inicialmente, el objetivo fue justificar la necesidad de que las legislaciones penales incorporen, entre sus conductas típicas, la falta de atención a pacientes en estado de emergencia. Por ello, la hipótesis planteada para el desarrollo de esta investigación fue la siguiente: Es necesario que los ordenamientos jurídicos tengan en su legislación un tipo penal de conducta que sancione la falta de atención médica a pacientes en estado de emergencia para garantizar la protección constitucional a los bienes jurídicos de la salud, la vida y la integridad física, y no dejarlos al amparo del Derecho Administrativo sancionador.

4. METODOLOGÍA Y PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

La tesis se encuentra en la etapa de síntesis al presentar una respuesta final a la pregunta planteada, con una conclusión derivada del proceso investigativo: ¿Es necesario tipificar como conducta penal la puesta en peligro de los bienes jurídicos “salud”, “vida” e “integridad” para prevenir la denegación de atención médica a un paciente en estado de

emergencia por parte de un centro médico, su personal administrativo o sus médicos, independientemente de la responsabilidad civil o administrativa que podría haber?

Este trabajo ha permitido concluir que la hipótesis inicial estuvo incorrecta y el cuestionamiento que originó este proyecto resultó distinto al esperado. Como se partió de un planteamiento que exigía una investigación dogmática, la técnica utilizada fue la teórico-documental bajo el tipo de estudio comparativo, al intentar analizar distintas instituciones jurídicas en ordenamientos diferentes para confirmar la veracidad de la pregunta de investigación.

Con el propósito de cumplir el fin propuesto, y siguiendo el método elegido, se adoptaron como fuentes principales de obtención de datos las legislaciones penales ecuatoriana y colombiana, así como la doctrina penal clásica y contemporánea española, alemana, colombiana, argentina y ecuatoriana –que dan forma a esta materia en el Derecho continental–, y los pronunciamientos de las altas cortes judiciales de Colombia y Ecuador. También se han revisado doctrina y sentencias colombianas sobre responsabilidad médica en el Derecho civil y administrativo, con la intención de comprender el sistema jurídico extrapenal colombiano.

5. RESULTADOS

Si bien inicialmente se partió de la premisa de que la legislación de Colombia adoptase un tipo penal de falta de atención médica a pacientes en estado de emergencia, el resultado obtenido fue que, por la aplicación de los principios de política criminal, este país no debe asumir esta figura propuesta dentro de su legislación por carecer de necesidad y justificación.

La legislación extrapenal que tiene Colombia y que regula la obligatoriedad de atención de salud a pacientes en estado de emergencia es abundante y suficiente para que el sistema de salud colombiano sea eficaz en proporcionar los servicios que la población requiere, en cumplimiento al mandato constitucional consagrado en su Carta Política desde 1991. Por lo tanto, el problema de falta de atención médica a pacientes en emergencia, que ha generado el llamado “paseo de la muerte”, tiene su solución en la aplicación de las normas que conforman el sistema jurídico administrativo, lo que obliga a todos los centros de salud, personal administrativo y médico a recibir y atender a las personas que requieren servicios urgentes.

Además, no es necesaria la intervención del Derecho Penal, considerando que los bienes jurídicos “vida”, “integridad físico-psicológica” y “salud” están debidamente protegidos cuando existe alguna lesión o muerte por causa de la falta de atención médica o de un servicio inoportuno. Por consiguiente, tipificar esa conducta sería incurrir en derecho penal simbólico, por cuanto el Estado carece de la reacción inmediata necesaria como para procesar en flagrancia al funcionario médico o administrativo que incurra en la conducta típica.

En la mayoría de los casos, sucedería que el bien jurídico protegido se vería efectivamente lesionado y no en estado de peligro, por lo que cualquier acción penal debería ser por un delito de resultado. Esto significaría, finalmente, que la conducta sugerida nunca sería aplicada y quedaría como una figura que sólo conseguiría dar una sensación de seguridad a los administrados.

CAPÍTULO I

EL TIPO PENAL DE FALTA DE ATENCIÓN MÉDICA A PACIENTES EN ESTADO DE EMERGENCIA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

1. SISTEMA PENAL ECUATORIANO VIGENTE HASTA EL 10 DE AGOSTO DE 2014

El Código Penal de 1938, vigente hasta el 10 de agosto de 2014, mantuvo la voluntariedad como un elemento de la relación causal entre el hecho y el resultado ocurrido. El artículo 13 de ese Código establecía que “[e]l que ejecuta voluntariamente un acto punible será responsable de él...”. Esta afirmación comprende la teoría de la acción recogida por la escuela clásica de Derecho Penal, en la que Franz von Liszt, citado por Nódier Agudelo Betancur, planteaba que “... acción es la modificación voluntaria del mundo exterior perceptible por los sentidos...” (Agudelo Betancur, 2007, pág. 24). Esta voluntariedad a la que se refiere esta definición no tiene relación con el querer, entendiéndolo como la manifestación de la voluntad que desea un resultado concreto. En otras palabras, la voluntariedad o la modificación voluntaria del mundo exterior no se concibe desde el concepto psicológico de intención, sino como un elemento de la causalidad material u objetiva de la acción (Araque Moreno, 2016, pág. 199).

Entonces, la acción así entendida comprende un hecho humano voluntario no intencional que cambia la esencia del mundo exterior, como un factor consecuente a este hecho. Esto también conduce a vincular la acción con el resultado: “Von Liszt estableció

como punto inicial el concepto de acción desde una perspectiva naturalista. De esta manera, entre la acción y el resultado siempre debe existir una relación causal” (Balmaceda Hoyos, 2015, pág. 162). Esta relación es la denominada “causalidad”:

... una conducta, mejor dicho, un acto humano, que comprende, de una parte, la acción ejecutada (acción sensu stricto) y la acción esperada (omisión), y de otra parte, el resultado sobrevenido. Para que éste pueda ser inculcado precisa existir un nexo causal o una relación de causalidad entre el acto humano y el resultado producido. (Jiménez de Asúa, 2005, pág. 221)

El hecho de la acción que debe producir un resultado no deseado debe estar contenido de voluntariedad para que pueda tratarse posteriormente en el estadio de la culpabilidad. El elemento de la culpabilidad, que es intencionalidad del delito, es la voluntad psicológica del autor que determinará si el hecho del cual se desprende el resultado es doloso o culposo. Por eso, la voluntariedad, entendida como lo manifiesta Von Liszt, es un simple hecho externo carente de contenido que modifica las circunstancias externas del mundo material o psicológico de las personas: “... hablar de una volición del resultado sólo puede inducir a errores...” (Liszt, 1999, pág. 298). Esta conclusión a la que arriba von Lizt es precisamente por la neutralidad de la acción comprendida en el esquema clásico o causalista, ya que su valoración sólo es verificada al momento de revisar la culpabilidad.

Se entiende por manifestación de voluntad toda conducta voluntaria; es decir, la conducta que, libre de violencia (*Zwang*), física o psicológica, está determinada (motivada) por las representaciones (*Vorstellungen*). La manifestación de la voluntad puede consistir en la realización o en la omisión voluntaria de un movimiento del cuerpo. (Liszt, 1999, pág. 297)

Esto implica que la manifestación de la voluntad es simplemente el reflejo muscular de un movimiento humano, cuyo contenido intencional no debe ser estudiado en este campo. Por su parte, Nódier Agudelo Betancur señala lo siguiente:

... se puede decir que hay acción típica con sólo constatar que el sujeto hubiese querido algo, con la sola “inervación muscular”, sin preguntar todavía en este estadio del delito por aquello que el sujeto quiso, lo cual constituye un problema de culpabilidad... (Agudelo Betancur, 2007, págs. 25-26)

Precisamente, por ello es que se refiere que la acción está vacía de contenido; lo único que interesa en esta parte es el nexo causal material, que es la misma causalidad objetiva: que el resultado ocurrido sea consecuencia de la conducta humana. Por ende, se puede afirmar que “acción” es el acto humano cometido con voluntariedad por un ser humano sin contenido anímico, puesto que ello le corresponde valorar a la culpabilidad en relación con el dolo o la culpa. En este sentido, para afirmar la existencia de un hecho que constituye acción penal, es suficiente el resultado proveniente de un movimiento corporal humano.

El Código Penal bajo estudio recogía el contenido de la culpabilidad en su artículo 32: “Nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia”. A continuación, el artículo 33 determinaba que “[R]epútanse como actos consientes y voluntarios todas las infracciones, mientras no se pruebe lo contrario...”. Entonces, se desprende que el Código Penal acogía la teoría psicológica de la culpabilidad propia de la escuela clásica.

Según esto, la culpabilidad consiste en la *atribución psicológica del acto de una persona determinada*. Hay que analizar entonces, su personalidad a través de dos factores: su conciencia y voluntad. Es decir, su capacidad para conocer y apreciar los hechos y su capacidad de optar por una u otra alternativa. No es suficiente, por lo tanto, que una persona sea la autora material de un hecho; hace falta también que se le pueda hacer responsable psicológicamente de ese acto. (Albán Gómez, 2008, pág. 185; resalte del original)

La culpabilidad dentro del sistema clásico es meramente psicológica. Así lo sostiene también Nódier Agudelo Betancur al enseñar que “[e]n ese sistema, la culpabilidad constituye el aspecto subjetivo del delito; es un nexo psicológico que hay entre el sujeto,

entre el autor, y el hecho: ‘es la relación subjetiva entre el acto y el autor’, dice Liszt” (Agudelo Betancur, 2007, pág. 30). El mismo autor formula que “la culpabilidad es un acto de voluntad representada psíquicamente en relación con el resultado deseado, que puede tomar las formas del dolo o la culpa” (Agudelo Betancur, 2007, pág. 30).

Por su parte, Diego Araque Moreno, en relación con el elemento subjetivo del delito, sostiene:

... el estudio subjetivo del delito quedó relegado para el examen de la culpabilidad como la disponibilidad de la persona hacia el suceso, como nexo psíquico entre el autor y el hecho cuyas formas o clases eran el dolo –que comprendía el conocimiento de los hechos, el querer y la conciencia sobre la ilicitud del actuar, por lo que se trataba de un dolo malo o valorado– o la culpa –consciente o inconsciente–. En palabra de Beling [...] El juicio de que alguien ha actuado culpablemente expresa un juicio valorativo sobre la parte interna (espiritual o subjetiva) de la acción... (Araque Moreno, 2016, págs. 172-173)

De lo expuesto se concluye que el Código Penal mantenía una línea causalista.

2. ESTUDIO DEL ARTÍCULO 13 DE LA LEY DE DERECHOS Y AMPARO AL PACIENTE

La Ley de Derechos y Amparo al Paciente, Ley No. 77, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 626 del 3 de febrero de 1995, en su artículo 13 tipificaba la conducta de negación a pacientes en estado de emergencia:

Art. 13.- Los responsables de un centro de salud que se negaren a prestar atención a pacientes en estado de emergencia, serán sancionados con prisión de 12 a 18 meses y, en caso de fallecimiento del paciente desatendido, con prisión de 4 a 6 años.

El presente artículo describe dos hechos hipotéticos diferentes según el resultado; por un lado, prevé una conducta omisiva de peligro (Merkel, 2006, pág. 117) que sanciona la sola negación a prestar atención a pacientes en estado de emergencia; por el otro, contempla un delito de resultado (Luzón Peña, 2016, pág. 168) que considera la muerte del paciente como

consecuencia de esa falta de atención médica, por lo que la pena es mayor que en el primer supuesto. Sin embargo, el contenido del tipo no queda solamente en la diferencia señalada, sino que para comprenderlo mejor es preciso entender su estructura.

2.1. El bien jurídico protegido

Para referirse a bienes jurídicos, se debe reconocer el aporte de Von Liszt, principalmente, y de los penalistas clásicos, quienes fueron los primeros en darle una valoración al concepto de protección de los intereses que, una vez asumidos por el legislador como objetos de protección del Derecho Penal, se tornan en bienes jurídicamente protegidos. Lo importante de este reconocimiento radica en el hecho de que no es la ley la que crea los intereses o bienes, sino que éstos son “el resultado cultural histórico de los pueblos sin perjuicio de que también pertenecen a la naturaleza humana” (Mayer, 2007, pág. 26). En otras palabras, el bien jurídico potestad exclusiva del legislador es un reconocimiento espacial sobre un bien valorado socialmente por consideraciones culturales, políticas, sociales y jurídicas, de especial importancia para ser tutelado por la norma penal.

Cuando Von Liszt proporcionó a la norma la función de protección del bien jurídico, requirió como condición la presencia de lesión o peligro de lesión. En consecuencia, lo que hizo fue crear el principio de lesividad o de antijuridicidad material, lo cual significó una limitación y una garantía a la vez al ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Esta concepción del bien jurídico fue resumida del siguiente modo:

... por los penalistas neokantianos (neoclásicos) de las primeras décadas del siglo XX, que introdujo en el discurso jurídico-penal la revolución metodológica de estudiar los fenómenos criminales con una perspectiva teleológica o “funcional-valorativa”: el derecho penal existe y se sistematiza en función de los bienes o valores que protege y por tanto de las vulneraciones

que las reacciones respectivas ocasionan a los bienes jurídico-penales... (Fernández Carrasquilla, 2014, pág. 225)

La doctrina que estudia el sistema finalista sostiene que el bien jurídico está constituido por unas normas de valoración que son entendidas como "... otro tipo de proposiciones jurídicas cuyo sentido es *prima facie* asegurar la realización de determinados valores..." (Gracia Martín, 2011, pág. 99). Estas normas, como enseña Luis Gracia Martín, no se constituyen en estricto sentido por mandatos o imperativos jurídicos destinados a la conducta humana, sino que se encuentran establecidas naturalmente, pues rigen de la misma naturaleza. Son disposiciones de valoración:

... las que establecen un orden social determinado de distribución o adjudicación de bienes y riesgos [...] constituyendo un orden social que no pueden asegurarlo por sí mismas; por lo que, para cumplir dicho fin de aseguramiento requieren de un orden superior contenido en las normas de determinación, que vendría a ser el ordenamiento jurídico con el cual la finalidad de las normas de valoración quedarían cumplidas. (Gracia Martín, 2011, pág. 112)

En este mismo orden de ideas, Hernán Hormazábal Malarée se refiere a la concepción de Karl Binding:

... la esencia del derecho penal está conformada por normas que son deducibles de la ley penal y conceptualmente anteriores a ellas, consistentes en un imperativo en orden a prohibir la realización de una conducta o bien realizarla. Binding, con un rigor lógico impecable, señala que el infractor no contraviene la ley sino que, por el contrario, cumple con lo señalado en ella [...]. Para Binding, el delincuente infringe o contraviene las disposiciones previas a la ley penal y que se deducen de ellas y que en forma imperativa pueden mandar o prohibir una conducta... (Hormazábal Malarée, 1992, págs. 38-39)

En cierto modo, las dos posiciones son coincidentes. Por un lado, para Binding antes de la ley penal están las prohibiciones naturales innatas al hombre. Entonces, la proposición penal contiene una norma prohibitiva o mandatoria que se deduce de la sanción prescrita por el cumplimiento de la hipótesis del hecho contenida en la legislación vigente. Por otro lado, la posición naturalista de Luis Gracia Martín define el origen del Derecho en normas de valor

que provienen de consideraciones naturales, las cuales incluso ordenan la misma estructura de la naturaleza, y no de fuente legislativa. Ergo, en un Estado social y democrático de Derecho, el bien jurídico se configura por la interacción del hombre en sociedad, donde el derecho penal protege intereses socialmente reconocidos y previamente establecidos por el legislador.

La necesidad de identificar el objeto protegido por el sistema penal tiene un claro origen liberal y garantista. El concepto de “bien jurídico” nace como un planteamiento programático cuyo objetivo era limitar el poder de definir conductas criminales del Estado a la exclusiva protección de bienes jurídicos [...]. Una teoría del bien jurídico en un Estado social y democrático de derecho ha de tomar en cuenta lo que ya decíamos en relación con la norma: ella tiene su origen en la base social y es el producto de los procesos interactivos que tiene lugar en su seno... (Bustos Ramírez & Hormazábal Malarée, 1997, págs. 57-58)

La concepción del bien jurídico visto bajo la óptica de Gracia Martín no ha tenido una completa aceptación, como tampoco lo ha tenido el reconocimiento de la interacción social del hombre en comunidad, recogido por el legislador penal bajo el esquema legalista. Este planteamiento dejó de tener validez cuando se reconoció que los derechos y especialmente los bienes jurídicos no provienen de su voluntad, sino que son inmanentes al ser humano. Por consiguiente, los Estados a través de sus Constituciones y por cumplimiento de los derechos humanos reciben esta función de protección y garantías, sometiéndose al orden constitucional, en el que las normas jurídicas de cumplimiento directo, emanadas por la legislatura, deben ser consecuentes con tal orden.

Por esta estructura constitucional de la que se originan los bienes jurídicos a ser protegidos, Roxin señala lo que a continuación se expone:

... desde un punto de vista político criminal, los derechos fundamentales que nacen de los principios de la Constitución garantizan la libertad del individuo, limitan el poder punitivo del Estado y constituyen las pautas elementales que debe respetar el legislador. En consecuencia, se puede decir que los bienes jurídicos son circunstancias dadas y finalidades que son útiles

para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esta concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema. (Roxin, 2008, págs. 55-56)

Por “circunstancias dadas y finalidades”, términos utilizados en lugar de “intereses”, Roxin quiere decir que el concepto de bien jurídico involucra tanto los derechos y deberes previamente adquiridos como aquellos recogidos por el mismo Derecho creado posterior a la norma Constitucional.

Bajo este concepto de “orden constitucional”, la ley deja de ser la que regula y crea los intereses o bienes jurídicos, quedando atrás ese mal entendido de que el Derecho penal es la rama destinada a protegerlos. Frente a esta nueva realidad, la creación de los bienes jurídicos nace por una protección constitucional, lo que significa que todo el ordenamiento jurídico es custodio de éstos en cada una de las áreas legales según la materia que corresponda.

Evidentemente, por razones justificadas de política criminal, podrán surgir otras circunstancias dadas y finalidades que demanden de una protección legal e incluso de tutela penal, siempre que no sean contrarias a los mandatos previstos en la Constitución, de acuerdo con Jesús María Silva Sánchez:

... es preciso superar las barreras existentes entre el Derecho penal y la política criminal; y la forma de superarlas no es otra que la orientación del sistema del Derecho penal a las valoraciones de la política criminal, en otras palabras, al complejo de fines del Derecho penal en general y de cada uno de los niveles del sistema en particular... (Silva Sánchez, 2012, págs. 109-110)

Sin embargo, la existencia o conceptualización del bien jurídico como se encuentra contemplado no está libre de críticas, sobre todo por su funcionalidad y alcance en la sociedad moderna, donde hay una serie de riesgos y diversidad de intereses que no podrían quedar protegidos por un solo bien elevado a rango de tutela penal. Por consiguiente, a criterio de

Günther Jakobs, “... ni siquiera los bienes que ha de reconocer el Derecho penal disfrutan de protección absoluta...” (Jakobs, 1997, pág. 56). Por esta razón, para Jakobs no puede haber más que un solo bien jurídico que debe ser “la firme protección del cumplimiento de las expectativas normativas frente a la decepción” (Jakobs, 1997, pág. 45). Con esta crítica, el citado autor busca en el Derecho penal proteger la relación existente entre la persona y el objeto funcional para ella. En otras palabras, debe entenderse que lo que se protege como bien jurídico es el cumplimiento del sujeto a lo esperado por la norma y no el resultado de lesión obtenido de la infracción. Por esta explicación, lo que resulta sancionable es la defraudación a la expectativa, así como la violación a la confianza del ciudadano de quien se espera una conducta conforme a la ley.

En este mismo sentido y buscando ser más explícito, Diego Araque Moreno manifiesta lo siguiente:

Para Jakobs el bien jurídico viene a estar definido por la norma en sí misma considerada, como expresión de configuración de la sociedad, de donde se sigue que todo quebrantamiento de ésta decepciona la confianza de los ciudadanos en lo que a su vigencia se refiere –y en el modelo de configuración que ella quiere expresar–, la cual ha de ser establecida a través de la imposición de la sanción penal... (Araque Moreno, 2016, págs. 195-196)

En consecuencia, el sistema propuesto por Jakobs difiere del de Roxin. Para el primero, la protección del bien jurídico es hacia el funcionamiento del conglomerado del sistema social; mientras que para Roxin es una concepción fundamentada en principios de política criminal que tiene como sujeto principal de protección a la persona.

Siguiendo el sistema funcionalista de Roxin, se podría considerar que la Constitución ecuatoriana reconoce los derechos humanos como parte integrante de los bienes jurídicos protegidos junto a otros de interés colectivo como la salud. En tal virtud, el artículo 32 refiere

que la salud pública es un derecho que garantiza el Estado mediante políticas públicas que se regirán por los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia, entre otros. Entonces, en Ecuador la salud es un derecho protegido desde el marco constitucional, tratándose de un bien jurídico que atraviesa el orden legal interno con sanciones administrativas, civiles y penales que hacen efectiva esta protección.

Sobre el concepto de “salud pública”, Francisco Muñoz Conde afirma:

[F]rente al concepto de salud individual, la noción de salud pública subraya la dimensión social del bien jurídico protegido en estos tipos, que va más allá de la mera suma de salud individual y se configura como un conjunto de condiciones positivas y negativas que posibilitan el bienestar de las personas... (Muñoz Conde, 2009, pág. 587)

Edgardo Alberto Donna complementa la idea de la protección del bien jurídico expuesta por Muñoz Conde:

[P]or eso la protección se refiere a la salud pública, en el sentido de la salud de todos, la que goza el público en general, de manera indeterminada. Así, Creus afirma que es “el estado sanitario de la población lo que se protege [...] Se trata de un interés supraindividual, de titularidad colectiva y de naturaleza difusa, pero agrega Carmona Salgado, también de manera complementaria de la salud personal de cada individuo, debido a que es susceptible de fragmentarse en la pluralidad de situaciones subjetivas que la integran. Se trata de proteger un bienestar físico y psíquico de la colectividad como un derecho constitucional básico. (Donna, 2002, págs. 204-205)

En la doctrina colombiana se reconoce que con el derecho a la salud “... se busca proteger a través de la ley penal, que en los casos de los médicos será la vida o salud, cuando éste se ve involucrado en un delito de lesiones personales” (Solórzano Garavito, 2016, pág. 161).

2.2. Elemento objetivo

2.2.1. La modalidad de la conducta omisiva: delito de acción u omisión

2.2.1.a. Teorías sobre la acción

A finales del siglo XIX, Franz Von Liszt propuso el concepto “causal de acción”, manteniendo el pensamiento natural en la ciencia del Derecho penal, de acuerdo con la lectura de José Cerezo Mir:

[L]a acción penal consiste en una modificación causal del mundo exterior, perceptible por los sentidos y producida por una manifestación de voluntad. [...] La volición que caracteriza la manifestación de voluntad y por consiguiente la acción significa simplemente –dice v. Liszt– en el sentido de esta concepción, el impulso de la voluntad. Se le puede definir fisiológicamente como inervación y se le puede concebir psicológicamente como aquel proceso de la conciencia por el que establecemos causas. (Cerezo Mir, 2008, págs. 324-325)

Consecuentemente, según la concepción de Juan Fernández Carrasquilla, Von Liszt considera como resultado:

... cualquier cambio en el mundo exterior impulsado por la voluntad, incluida la propia manifestación de voluntad; con todo lo que del delito sea exterior y perceptible introduce algún cambio, por ínfimo que sea, y es un resultado en este primer sentido causal, con la sola condición de su “voluntariedad” (ser o haber sido impulsado por una voluntad humana); la acción es siempre un proceso de cambio en el mundo natural y en el social ... (Fernández Carrasquilla, 2011, págs. 133-134)

Por su parte, Edmund Mezger, respecto del concepto de acción, señala lo siguiente:

... en la conducta humana que convierte en objeto de consideración jurídico-penal, un acontecimiento natural-real en el mundo de la experiencia [...] el concepto de acción abarca toda conducta humana concreta, que pueda y deba constituir el punto de partida de consideraciones jurídico-penales: el fundamento de la voluntad de acción, como fenómeno psíquico, como acto subjetivo de la voluntad; y el movimiento corporal externo con su resultado ulterior producido mediante el acto de voluntad. (Mezger, 2004, págs. 58-59)

Por tanto, se entiende que para Mezger:

... la acción penal es una conducta humana relacionada con un hecho natural-causal, que provoca una reacción jurídica contenida en un resultado ulterior; dicha voluntariedad difiere de la explicada por Franz Von Liszt, en el sentido de que el elemento subjetivo en el que radica la voluntad no puede ser neutro, esto es sin valor, sino que ya tiene un objetivo o finalidad determinada. (Mezger, 2004, págs. 59-60)

Por su parte, Cerezo Mir se opone a esta concepción al plantear lo siguiente:

... la valoración de esta finalidad u objetivo, pese a que en el tipo ya se presenta una carga subjetiva contenida en la misma voluntad o querer del sujeto, sigue siendo neutra debido a que el juicio de valoración del elemento subjetivo indicado queda reservado para el estadio de la culpabilidad. (Cerezo Mir, 2008, pág. 325)

Lo expuesto significa que la tipicidad se mantiene como una consideración completamente objetiva, en el mismo sentido que fue interpretada por la escuela clásica o causalista, mientras que el aspecto subjetivo se queda para ser valorado en el estudio de la culpabilidad.

Posteriormente, Hans Welzel introdujo la doctrina finalista de la acción, que la considera como una conducta humana con intención final; es decir, con un propósito definido o “de actividad final”; es por tanto “un acontecer ‘final’ y no solamente ‘causal’” (Welzel, 2011, pág. 41).

“La finalidad”, o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines. Gracias a su saber causal previo puede dirigir sus diversos actos de modo que oriente el suceder causal externo a un fin y lo domine finalmente. (Welzel, 2011, pág. 41)

Para el finalismo, la acción penal debe ser premeditada, lo que significa que tiene una planificación previa a los actos posteriores que irán cumpliéndose conforme al plan hasta la consecución del resultado intencionado. Por consiguiente, el finalismo entiende que en la

acción hay una carga subjetiva que integra el elemento subjetivo del tipo penal. Entonces, la valoración que debe hacerse a la tipicidad es mixta, subjetiva y objetiva, a diferencia de lo que sucede con el causalismo o el neocausalismo.

En conclusión, para esta doctrina, siempre existe una motivación que justifica la acción causal. De lo contrario, no podría darse un desvalor de resultado, porque no puede haber delito sin existir un hecho humano motivado por una intención final.

2.2.1.b. Teorías sobre la omisión

Las escuelas clásica, neokantiana y finalista no han podido explicar los delitos de omisión, al no observar que las normas penales no son sólo prohibiciones. Para estas escuelas, el principal objeto de estudio ha sido la acción, con lo cual han dejado a la omisión en un campo secundario, olvidando que, en circunstancias puntuales, hay mandatos que demandan la realización de determinadas acciones.

El desarrollo doctrinario de la omisión sostiene lo siguiente:

En el término “omitir” reside la negación, referida al actuar. Sin embargo, el concepto “omisión” no es sinónimo de “no suceder”, de no “modificar una realidad”, de “no obrar en absoluto”, de “inactividad” o de “quietud física”. El omitir no niega el actuar como tal, sino sólo un actuar en determinada dirección, una acción concreta [...]. Desde que Von Liszt destacara que omitir “es un verbo transitivo”, que no significa “no hacer nada, sino no hacer algo”, esta idea es de dominio público... (Kaufmann, 2006, págs. 45-46)

Muñoz Conde aclara el concepto de la omisión, dado que no toda persona tiene la obligación jurídica de actuar en los términos exigidos por la ley:

... el sujeto autor de la omisión debe estar en condiciones de poder realizar la acción; si no existe tal posibilidad de acción, por las razones que sean, no puede hablarse de omisión [...]. Omisión no es un simple no hacer nada, sino no realizar la acción que el sujeto está en situación de poder hacer... (Muñoz Conde, 2004, pág. 23)

Entonces, “... el delito de omisión consiste siempre en la omisión de una determinada acción que el sujeto tenía la obligación de realizar y que podía realizar...” (Muñoz Conde, 2004, pág. 24). En ese sentido, la omisión no es sólo no hacer algo, como lo enseña Von Liszt, sino que es un no hacer algo cuando el autor pudo prever el resultado típico; de ese modo se ha pronunciado Richard Honig, quien manifiesta que “Con respecto a un acaecimiento de resultado, sólo hablamos de omisión [...] cuando lo pudo prever y dominar, es decir, evitar...” (Kaufmann, 2006, pág. 51)

La doctrina reconoce dos modalidades de omisión, la propia y la impropia:

[L]os delitos de omisión por mera actividad reciben el nombre de delitos de *omisión pura o propia*. En ellos se describe sólo un no hacer, con independencia de si del mismo sigue o no un resultado. Ejemplo: la omisión de socorro [...] que se contenta y consuma con el mero no prestar ayuda. Los delitos de omisión en que se ordena evitar un determinado resultado son delitos de *omisión impropia* o, mejor, de *comisión por omisión*. No basta entonces el no hacer, si no ha hecho posible la producción del resultado típico: son delitos de resultado... (Mir Puig, 2009, pág. 225)

En los delitos de omisión impropia sólo puede ser autor quien se encuentra bajo los siguientes parámetros, de acuerdo con E. Raúl Zaffaroni:

... dentro de un limitado círculo que hace que la situación típica de la omisión equivalga a la de un tipo activo. Los tipos de omisión impropia tienen un tipo activo equivalente y la posición en que debe hallarse el autor se denomina “posición de garante”... (Zaffaroni, 2002, pág. 452)

Una persona se constituye en garante, en palabras de Santiago Mir Puig, cuando le “... corresponde al sujeto una específica función de protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de una fuente de peligro, en ciertas condiciones. Ambas situaciones convierten [...] al autor en ‘garante’ de la indemnidad del bien jurídico correspondiente” (Mir Puig, 2009, pág. 318)

En conclusión, es la ley la que impone al sujeto la posición especial de garante frente a un bien jurídico que puede ser determinado o indeterminado. Esta situación concreta es una suerte de mandato que conmina al obligado a impedir la causación de resultados atentatorios contra un bien protegido.

Doctrinariamente, luego de una amplia discusión sobre la naturaleza de los delitos de comisión por omisión, se ha concluido que son, en realidad, delitos de omisión y que la puesta en escenario del garante es una fórmula especial de la tipicidad. Por lo tanto, si no hay un garante, no puede haber adecuación típica al no existir el sujeto activo del delito.

Armin Kaufmann, al tratar la condición del garante como un mandato, señala:

La tarea de defensa del garante puede orientarse en dos direcciones: por una parte, el sujeto del mandato puede tener que estar “vigilante” para proteger determinado bien jurídico contra todos los ataques, vengan de donde vengan; aquí la función de protección consiste en la “defensa en todos los flancos” del concreto bien jurídico contra peligros de todo género [...]. Por otra parte, la posición de garante puede consistir en la supervisión de determinada fuente de peligros, no importando a qué bienes jurídicos amenazan peligros desde esta fuente. La misión de protección del garante tiene por contenido el “poner coto a la concreta fuente de peligros”; sólo secundariamente, como efecto reflejo, se deriva la garantía de aquellos bienes jurídicos amenazados por esa fuente de peligros. Desde la perspectiva del bien jurídico concreto, la función protectora del garante se reduce a una sola dirección de ataque: a aquella que amenaza al bien jurídico desde la fuente a la que hay que controlar. (Kaufmann, 2006, págs. 289-290)

El Código Penal ecuatoriano omitía esta aclaración y reconocimiento legal sobre la posición de garantía de una persona en un caso determinado. Su artículo 12 establecía que era “... comisión por omisión, el no impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo”. Al respecto, la doctrina ecuatoriana indica:

... si una persona ha creado con su conducta una situación de riesgo o peligro, adquiere la obligación jurídica de hacer lo necesario para evitar los daños que pudieran llegar a ocurrir como consecuencia [...]. Entonces, cualquier persona puede quedar obligada a actuar en posición de garante de un bien jurídico cuya lesión podría ocasionarse como consecuencia de su omisión; ya sea porque la ley así lo determine, ya sea porque la persona ha aceptado la

obligación, ya porque su propia conducta le ha creado tal obligación. (Albán Gómez, 2008, pág. 138)

En cambio, la Ley Orgánica de la Salud, Ley 67, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 423 del 22 de diciembre de 2006, garantiza la atención médica a pacientes en estado de emergencia y sitúa como garantes al personal médico y administrativo de un centro de salud, obligándolos a actuar profesionalmente, con calidad, calidez y eficacia:

Art. 7.- Toda persona, sin discriminación por motivo alguno tiene en relación a la salud los siguientes derechos: [...]

j) Ser atendida inmediatamente con servicios profesionales de emergencia, suministro de medicamentos e insumos necesarios en los casos de riesgo inminente para la vida, en cualquier establecimiento de salud público o privado, sin requerir compromiso económico ni trámite administrativo previos.

Art. 186.- Es obligación de todos los servicios de salud que tengan salas de emergencia, recibir y atender a los pacientes en estado de emergencia. Se prohíbe exigir al paciente o a las personas relacionadas un pago, compromiso económico o trámite administrativo, como condición previa a que la persona sea recibida, atendida y estabilizada en su salud.

Una vez que el paciente haya superado la emergencia, el establecimiento de salud privado podrá exigir el pago de los servicios que recibió.

Art. 201.- Es responsabilidad de los profesionales de salud, brindar atención de calidad, con calidez y eficacia, en el ámbito de sus competencias, buscando mayor beneficio para la salud de sus pacientes y de la población, respetando los derechos humanos y los principios bioéticos.

Es su deber exigir condiciones básicas para el cumplimiento de lo señalado en el inciso precedente.

El tipo penal en revisión presenta como verbo rector el “negar”, según consta del artículo 13 de la Ley No. 77 citada al inicio de este capítulo. Al tratarse de un tema relevante para el estudio de la conducta analizada, conviene profundizar en ella para ilustrar mejor su modalidad en la norma referida.

2.2.2. Postura sobre la situación concreta del verbo “negar”

La hipótesis penal refiere una negación de atención médica a pacientes en estado de emergencia. *Negar*, según la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa “Decir que no a lo que se pretende o se pide, o no concederlo; prohibir o vedar, impedir o estorbar” (Real Academia Española, 2014). Estas dos acepciones son las que mejor se adaptan al sentido del verbo en la norma penal que, en cualquiera de sus supuestos, denotan un componente omisivo.

El deber de actuar de las personas responsables del centro de salud, conforme está en el tipo, remite a las normas administrativas. Éstas prescriben los derechos y obligaciones de pacientes, personal médico y administrativo al momento de la prestación del servicio. Por lo tanto, negar la asistencia debe ser comprendido con los mandatos y prohibiciones de las normas sanitarias, especialmente, la Ley Orgánica de Salud en sus artículos 17, letra j), 186 y 201 citados; y la Ley de Derechos y Amparo al Paciente, reformada por la primera.

Art. 8.- Todo paciente en estado de emergencia debe ser recibido inmediatamente en cualquier centro de salud, público o privado, sin necesidad de pago previo.

Art. 9.- Se prohíbe a los servicios de salud públicos y privados exigir al paciente en estado de emergencia y a las personas relacionadas con él, que presenten cheques, tarjetas de crédito, pagarés a la orden, letras de cambio u otro tipo de documento de pago, como condición previa a ser recibido, atendido y estabilizado en su salud. Tan pronto como el paciente haya superado la emergencia y se encuentre estabilizado en sus condiciones físicas, el centro de salud tendrá derecho para exigir al paciente o a terceras personas relacionadas con él, el pago de los servicios de salud que recibió.

Estas disposiciones imponen al personal médico y administrativo impedir un resultado lesivo por falta de atención profesional y oportuna al paciente que está en situación de

emergencia. La relación jurídica con él es de garantía y, por consiguiente, un resultado adverso por falta de atención constituye una responsabilidad omisiva impropia.

Esta responsabilidad no podría existir si las normas extrapenales no definiesen lo que se entiende por emergencia. Para ello, el artículo 7 de la Ley de Derechos de Amparo al Paciente establece:

Art. 7.- SITUACIÓN DE EMERGENCIA.- Es toda contingencia de gravedad que afecte a la salud del ser humano con inminente peligro para la conservación de la vida o de la integridad física de la persona, como consecuencia de circunstancias imprevistas e inevitables, tales como: choque o colisión, volcamiento u otra forma de accidente de tránsito terrestre, aéreo o acuático, accidentes o infortunios en general, como los ocurridos en el medio de trabajo, centros educativos, casa, habitación, escenarios deportivos, o que sean el efecto de delitos contra las personas como los que producen heridas causadas con armas cortopunzantes, de fuego, contundentes, o cualquiera otra forma de agresión material

En consecuencia, el verbo utilizado por el tipo penal prescribe que la conducta típica sea omisiva. Las normas administrativas sanitarias, junto al artículo 12 del Código Penal, imponen la condición de garantía al personal médico y administrativo de un centro de salud. Así las cosas, la omisión se adecúa a una comisión por omisión en caso de un resultado típico.

Finalmente, el tipo penal estudiado se configura en un tipo penal en blanco. Depende de las regulaciones y definiciones planteadas por las normas sanitarias para adecuar una situación de hecho particular al supuesto jurídico descrito por el legislador.

2.3. Sujetos de la relación penal

2.3.1. Sujeto activo

Dentro de los elementos que conforman el tipo objetivo se encuentra el sujeto activo, que es “... la persona que ejecuta todo o parte de la conducta ilícita descrita en el tipo”

(Balmaceda Hoyos, 2015, pág. 200). El delito puede ser unisubjetivo o plurisubjetivo según que el tipo requiera la intervención de una o más personas para la consumación de la infracción. Los delitos “... unisubjetivos –son la mayoría–, que requieren un solo autor, aunque no importa que en el caso concreto intervengan varios; o plurisubjetivos, que conceptualmente exigen la intervención de más de un autor...” (Luzón Peña, 2016, pág. 155).

El tipo penal también puede exigir una condición especial en el sujeto activo para que la conducta pueda ser constitutiva de infracción penal. Este tipo de infracciones lleva el nombre de “... *delitos especiales*, que exigen una especial condición, relaciones o cualificación en el sujeto activo...” (Luzón Peña, 2016, pág. 156). La cualificación se trata de “... aquellos comportamientos realizados por personas investidas de un deber especial (los tipos consistentes en la infracción de un deber), como acontece, por ejemplo, con los que requieren la calidad de ‘servidor público’...” (Velásquez Velásquez, 2017, págs. 354-355).

El tipo penal estudiado exige que el sujeto activo del delito sea un “responsable” del centro de salud. El adjetivo “responsable” no está claro legalmente y deja abierta la posibilidad de hacer interpretaciones extensivas. En este sentido, el problema se resolvería con un nombramiento que acredite la representación legal, judicial y extrajudicial de la clínica u hospital. Esa documentación de contenido jurídico excluiría a los demás médicos que lo componen, puesto que ellos serían empelados, asociados, socios, sin títulos que acrediten su responsabilidad legal.

2.3.2. Sujeto pasivo

Sujeto pasivo es la persona sobre la cual recae la acción típica, quien, además, es el titular del bien jurídico ofendido. Para el estudio de esta conducta, el ofendido o víctima puede ser cualquier persona que cumpla la condición de estar en situación de emergencia. Esta conclusión se adquiere de la definición del artículo 7 de la Ley No. 77. Por lo tanto, puede ser considerada víctima cualquier persona cuya salud se encuentre gravemente afectada con implicación de riesgo a su vida o a su integridad física.

3. EL CONCEPTO DE PELIGRO EN LA NEGACIÓN A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD A PACIENTES EN ESTADO DE EMERGENCIA

Sobre los delitos de lesión y de peligro, David Baigún afirma lo siguiente:

... [la doctrina] acepta sin objeciones la división en delitos de daño o lesión y delitos de peligro tomando como base el grado de energía de la acción que provoca el deterioro del bien protegido. Si el resultado produce la destrucción total o parcial del bien o de un derecho, estamos en presencia de un delito de daño; si sólo alcanza la posibilidad de producirlo, nos hallamos ante un delito de peligro. En el primer caso se afecta directamente el interés tutelado; en el segundo, la acción se concreta al riesgo del deterioro... (Baigún, 2015, pág. 1)

Sobre el tema planteado, se distinguen dos tipos de modalidades de peligro: por un lado, el delito de peligro concreto y, por otro, el delito de peligro abstracto. Al respecto, Welzel reconoce que en derecho penal no se evalúan únicamente "... acontecimientos reales sino también posibles, como la creación de un peligro, es decir, de un estado extraordinario, en el que se puede esperar con probabilidad la producción de consecuencias dañinas..." (1956, pág. 56).

Por su parte, Luis Jiménez de Asúa reconoce:

... los delitos de peligros son los que ponen en riegos un bien jurídico protegido, cuando hay una posibilidad inmediata y cognoscible de la producción de un acontecimiento dañoso; para los delitos de peligro concreto, exige que el hecho encaje en el tipo y que haya una demostración real de la producción del peligro. En cambio, en los delitos de peligro abstracto, si bien el delito representa un peligro específico de los bienes jurídicos protegidos, la consecuencia penal no depende de que se demuestre en el caso concreto la situación de peligro especial... (Jiménez de Asúa, 2005, págs. 214-215)

Claus Roxin también acepta la existencia de los delitos de peligro y su división entre concretos y abstractos. En tal sentido, plantea que “... en los delitos de peligro el hecho sólo supone una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción...” (Roxin, 2008, pág. 336). Roxin agrega que “Los delitos de peligro concreto requieren que en el caso concreto se haya producido un peligro real para un objeto protegido por el tipo respectivo”. Los delitos de peligro concreto son afrentas directas a la vida o integridad de personas, mientras no exista un daño real. La diferencia radica en que el delito de resultado siempre tendrá como antesala el delito de peligro concreto al bien jurídico. Si la lesión se presenta, el delito deja de ser de peligro y pasa a ser de lesión. (Roxin, 2008, pág. 404).

En el mismo sentido, Teresa Rodríguez Montañés señala lo siguiente:

... en los delitos de peligro concreto, el tipo requiere la concreta puesta en peligro del bien jurídico: el peligro concreto es el resultado típico. [...] El criterio clave es, pues, la perspectiva *ex ante* (peligrosidad de la acción) o *ex post* (resultado de peligro) adoptada para evaluar el peligro... (Rodríguez Montañés, 2004, págs. 30-32)

Hay dos características que permiten valorar el peligro según la forma en la que pueda crear un resultado material distinto al resultado de peligro: el peligro como cosa en sí y el peligro como cosa para algo. Este segundo aspecto significa que el peligro es idóneo para causar un daño o una lesión (Baigún, 2015, págs. 3-4).

... no existe una diferencia conceptual entre las acciones de la puesta en peligro concreto con la de los delitos de lesión. El curso de la acción general de lesión usualmente significa la preexistencia de un delito de peligro concreto, no así la acción de peligro necesariamente consiste en delito de lesión, porque el autor pudo haber previsto esa dificultad, pero confió en controlarla sin que el acto se derive en un resultado lesivo... (Rodríguez Montañés, 2004, pág. 38 y ss.)

El tipo penal en estudio, como se señaló, presenta dos momentos de consumación. El primero alude a un resultado lesivo, mientras que el segundo implica una puesta en peligro por la falta de atención médica sin el resultado de muerte. En el primer supuesto el caso se resuelve como delito de lesión, pero en el segundo surgen otras dificultades derivadas de la imprecisión de redacción del tipo.

Debe observarse que ese desacierto en la expresión de la norma impide definir correctamente al sujeto activo: “los responsables de un centro médico”. No queda claro si lo que quiere expresar es que sólo asume responsabilidad el personal administrativo o también los médicos que no hacen frente al acto cuando se los requiere. Cabe preguntarse si esa ausencia de atención es una resolución administrativa como responsable del centro o una decisión en función a las directrices internas, a pesar de su condición de garante.

Por un lado, si el médico omite la atención inmediata al paciente en emergencia por cumplir las políticas de funcionamiento del centro, sería un dependiente en cualquier forma contractual. Por consiguiente, este profesional no podría adecuar su conducta al tipo penal ni tampoco realizar un ilícito por peligro concreto. Su conducta correspondería a una tentativa de homicidio por omisión impropia al ser garante de la vida del paciente por mandato de la normativa administrativa.

Por el otro, si el sujeto activo calificado es personal administrativo con capacidad de responder a nombre del centro con decisiones que afecten su funcionamiento, tendría sentido el tipo discutido. En este supuesto se justifica la pena que se imponga por incremento del riesgo prohibido al ser garantes de los pacientes en emergencia por mandato del Código Orgánico de la Salud. Desde un punto de vista del tipo objetivo, quien no es atendido por razones de política administrativa está puesto ante un peligro abstracto, "... por ser normas que implican un riesgo que en principio no exponen a un bien jurídico protegido" (Rodríguez Montañés, 2004, pág. 32). Luego, dicho peligro puede incrementarse con el cumplimiento administrativo de las políticas de funcionamiento interno que sitúan al paciente en un riesgo concreto no autorizado por el derecho.

Ese riesgo no está limitado al daño por peligro concreto. Esas políticas internas representan, por sí mismas, un peligro abstracto que puede significar una potencial contingencia a la salud o vida de posibles pacientes. Una decisión administrativa de mantenerlas vigentes podría configurar directamente una responsabilidad penal por el peligro que su aplicación origina ante eventuales enfermos.

CAPÍTULO II

ELEMENTO SUBJETIVO

1. LA DIFERENCIA CONCEPTUAL ENTRE LA CULPA Y EL DOLO

1.1. Los delitos culposos o imprudentes

El último párrafo del artículo 14 del Código Penal de Ecuador señalaba que hay infracción culposa “cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia, o inobservancia de Ley, reglamentos u órdenes”. Para Edmund Mezger, “... actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición del resultado” (Donna, 2013, pág. 63). Por su parte, Franz von Liszt define la imprudencia en los siguientes términos:

... la no previsión del resultado previsible en el momento que tuvo lugar la manifestación de voluntad. Es previsible el resultado, cuando el autor hubiera podido y debido preverle. El acto culposo es, por consiguiente, la causación voluntaria o el no impedimento de un resultado no previsto, pero sí previsible... (Donna, 2013, pág. 65)

De las definiciones citadas, se pueden encontrar semejanzas conceptuales con el sistema causalista. Existe un acto que Von Liszt cataloga como voluntario; lógicamente esta voluntariedad no es igual al elemento subjetivo del sistema finalista, por estar vacía de contenido anímico. Sin embargo, es voluntario en la medida en que existe un movimiento corporal físico intencionado, que pudo ser previsto, pero no querido por el agente, y que produjo un resultado por circunstancias de imprudencia. Esta posibilidad de previsión, conforme lo señaló el mismo Von Liszt, no sólo podía ser antelada sino que debía serlo.

Lo expuesto conduce al problema de la culpa sin representación o inconsciente. Ésta se presenta cuando el autor no prevé la posibilidad de que resulte un daño con su actuar, y por dicha

falta de observación se produce el resultado no deseado. El artículo 32 del Código Penal manifestaba que nadie podía ser reprimido por un acto previsto en la Ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia. Así las cosas, ante la teoría causalista, respaldo teórico del Código Penal, hay responsabilidad culposa en una acción no intencionada, realizada en un movimiento corporal ejercitado en conciencia que ocasione un resultado típico.

Sobre los requisitos de la culpa en el Código Penal, la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en sentencia del 28 de junio de 2013, señaló lo siguiente:

... podemos decir que la culpa genéricamente, y tal como está descrita en el artículo 14 del Código Penal de Ecuador, implica la existencia de un acontecimiento que "... pudiendo ser previsto, pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia, o inobservancia de la ley, reglamentos y órdenes...". De este concepto, podemos extraer tres requisitos para la existencia del delito culposo: 1) Que se haya presentado en la realidad un hecho que constituya delito, lo cual vendrá configurado por la comprobación de sus elementos objetivos en juicio. En el caso concreto, el homicidio acarrea no sólo la comprobación del fin de la existencia de una persona, sino que dicha situación se ha provocado por el actuar de otro individuo de la especie humana; 2) Que el hecho delictivo, habiendo sido producto del actuar del infractor, provocándose una relación de causalidad entre éste y el resultado dañoso, no ha sido querido por el mismo, revelando que ha existido en su conducta, falta de intención dolosa; y, 3) Que el sujeto activo de la infracción, [...] desde una perspectiva *ex ante*, es decir, a partir de los datos reconocibles en el momento de la ejecución de la conducta [...], haya podido prever que su actuar podía conllevar un riesgo jurídico, penalmente relevante [...] (5), resultante en un delito, el cual de presentarse en la realidad, volvería claramente notorio que el infractor fue negligente (6), imprudente (7), falto de pericia (8), o que atentó claramente en contra del ordenamiento jurídico... (Juicio Penal No. 150 - 2012, 28/6/2013)

La otra forma es la culpa con representación o consciente, que consiste en que el agente prevé el posible resultado, pero confía en que puede controlar la situación e impedir que ésta se dé. En el sistema causalista, puede encontrarse el nexo de causalidad entre el hecho imprudente y el resultado no querido, por cuya conjunción confluye la conducta típica y su sanción penal.

El sistema finalista niega esa relación causal señalando que el resultado no es parte del injusto, sino que éste se conforma con el desvalor de la acción, que depende de la intención final del autor. Hans Welzel, de acuerdo con el análisis de Juan Fernández Carrasquilla, afirma que el resultado es únicamente una condición objetiva de punibilidad:

... el tipo culposo o imprudente se agota en el desvalor de la acción (conducta contraria al cuidado objetivo del respectivo ámbito de relación), tornándose el resultado en mero selector de punibilidad –en realidad, condición objetiva de punibilidad– de algunos injustos culposos... (Fernández Carrasquilla, 2011, pág. 436)

Bajo el criterio de Von Lizst, citado por Mirentxu Corcoy Bidasolo, la culpa...

... se centra en la previsibilidad del resultado. “La culpa es la no previsión del resultado previsible en el momento en que tuvo lugar la manifestación de voluntad” [...] la previsibilidad es el elemento subjetivo de la culpabilidad sustitutiva del elemento intencional del propio dolo... (Corcoy Bidasolo, 2013, págs. 17-18)

La misma autora manifiesta la importancia de diferenciar la previsibilidad objetiva *ex ante* y *ex post* y la previsibilidad subjetiva, para lo cual establece:

... la previsibilidad objetiva *ex ante*, es decir, la posibilidad advertida por el espectador objetivo de que la conducta, desde una perspectiva *ex ante* lesione un bien jurídico constituye un elemento esencial para poder afirmar que la conducta crea un peligro penalmente relevante. La previsibilidad subjetiva se tendrá en cuenta *ex ante* en el ámbito del tipo subjetivo y en relación con el error que ha de existir, en el hecho imprudente, en la conciencia del autor sobre la efectiva peligrosidad de su conducta... (Corcoy Bidasolo, 2013, pág. 19)

La previsibilidad que debe ser valorada por el autor al momento de actuar se cumple tanto en el ámbito objetivo como en el subjetivo:

... en los delitos imprudentes, la previsibilidad del resultado determina el ámbito que ha de abarcar el deber objetivo de cuidado; la infracción del deber objetivo de cuidado se discutirá en relación, únicamente, con el reconocible riesgo de realización típica. Ello será, aún más relevante, en aquellos ámbitos de actividad en los que falta una regulación positiva de las reglas generales de cuidado –reglas técnicas–, ya que, en tal caso, el ámbito del deber objetivo de cuidado se determinará exclusivamente atendiendo a la previsibilidad... (Corcoy Bidasolo, 2013, pág. 209)

Con la finalidad de determinar la exigencia de responsabilidad penal del autor en el hecho imprudente por falta de previsibilidad, es insuficiente el incumplimiento de este requisito en el ámbito objetivo. Al respecto, es preciso conocer el posible riesgo *ex ante* para atribuir culpabilidad. En caso contrario, como critica Georg Freund, el juicio de valor se haría sobre un sujeto imaginario omitiendo su situación personal. Esta creación mental ocuparía una posición similar a la del autor, quien sería comparado con el sujeto ideal en la misma condición, para comprobar si éste habría

actuado de forma semejante. Al respecto, Freund –de acuerdo con Edgardo Donna– se refiere a la “concepción bigradual” de la persona en referencia:

... la forma y graduación del cuidado exigible deben determinarse desde las exigencias que *ex ante* se imponen a una persona prudente y cuidadosa en la concreta situación y en el rol social de la persona en cuestión. [...] para esta concepción bigradual de la imprudencia, las especiales condiciones individuales del sujeto sólo pueden excluir la culpabilidad individual, pero no afectan a la antijuridicidad del delito imprudente. (Donna, 2013, pág. 97)

Donna, bajo esta teoría, que “... quien construye esta ‘persona de referencia’ (como por ej. el tan citado ‘hombre medio’), en realidad está llevando –mentalmente– a dos personas al tribunal: por una parte, una de carne y hueso y, por otra, una criatura artificial...” (2013, pág. 97). Concluye afirmando que, en realidad, no se está juzgando un caso real sino uno hipotético, porque se está valorando la situación del actor en comparación a cómo habría actuado el sujeto imaginario. Esto significa que se valora una situación irreal en lugar de atender la circunstancia particular del acusado.

Valorando este criterio, es necesario dar un espacio a la previsibilidad subjetiva del autor. De él se tiene que adquirir el convencimiento de que sabía o podía llegar a saber que su actuación llevaría a un resultado sancionado jurídicamente. Donna concluye, luego de analizar la teoría del conocimiento subjetivo y el riesgo no permitido y adecuado de Jürgen Wolter, que “... el delito imprudente significa la realización imputable objetivamente de un autor [...] que subjetivamente conoce el riesgo de que se puede alcanzar el tipo penal de un resultado típico” (Donna, 2013, pág. 96).

Por su parte, Corcoy Bidasolo enseña:

... para la calificación de un hecho como imprudente es necesario, pues, el desconocimiento de la efectiva situación de peligro, pero esto no es suficiente, se exige además que ese desconocimiento sea imputable al sujeto. Para que el desconocimiento sea imputable, junto a la cognoscibilidad, como ignorancia vencible del peligro que entraña la situación, ha de existir un deber de evitar ese desconocimiento [...] La imputación o atribución del desconocimiento se condiciona a que el autor

pueda evitar el desconocimiento y tenga que evitarlo, en cuyo caso se entenderá que el autor ha infringido el deber subjetivo de cuidado. Este deber subjetivo de cuidado está implícito en el deber objetivo de cuidado, de suerte que cada prohibición obliga a cada uno de los destinatarios a que reconozca la previsibilidad de realización de prohibiciones típicas resultantes de sus acciones. (Corcoy Bidasolo, 2013, págs. 231-232).

Acerca de la previsibilidad, la misma autora enseña que se trata de la cognoscibilidad, y ésta “... es la capacidad del autor, según sus facultades, de entender las circunstancias objetivas concurrentes de la situación concreta en virtud de sus conocimientos actuales y previos al hecho ocurrido” (Corcoy Bidasolo, 2013, pág. 323). Esto implica, según su mismo concepto, que el deber de prever no es otra cosa que la previsibilidad individual. Entonces, bajo esta definición, no se puede reclamar el mismo grado de conocimiento u obligación de previsión de peligro a todas las personas, sino sólo a quienes ese conocimiento es exigible.

Corcoy Bidasolo compagina el deber de prever con el deber objetivo de cuidado, indicando que ambos parten del mismo concepto:

... al igual que sucedía en el deber objetivo de cuidado, no sólo se han de considerar los peligros directamente dimanantes de la conducta del autor, sino también se tendrán en cuenta todos aquellos factores de riesgo, ya sean provenientes de la naturaleza, ya tengan su origen en la conducta de otros sujetos o de la propia víctima, que concurran en el hecho.

En primer lugar, se tendrá que concretar lo que el sujeto necesitaba saber para poder reconocer la posibilidad de realización típica. El saber del autor tenía que abarcar: 1º) el conocimiento de la efectiva situación; 2º) la previsión de su propia conducta y de su eficacia en la situación; 3º) el conocimiento de las reglas de la experiencia y de su aplicación en la situación concreta. La base del juicio sobre el deber de conocer se realizará, por tanto, en relación con todo lo anterior, decidiendo sobre la exigibilidad del conocimiento de cada uno de estos factores de riesgo que, como tales, están en relación con la conducta que se examina y que, de ser cognoscibles, pasarán a formar parte del contenido del deber objetivo de cuidado. (Corcoy Bidasolo, 2013, pág. 237)

1.2. Los delitos dolosos

Sobre el dolo, el primer párrafo del artículo 14 del Código Penal lo define como aquella infracción en la que hay el designio de causar daño. José Cerezo Mir lo entiende como “... la conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo...” (Cerezo Mir, 2008,

pág. 430). Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar definen el dolo de la siguiente manera:

... la voluntad realizadora del tipo, guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo necesarios para su configuración. En el dolo, este conocimiento siempre es efectivo y recae sobre los elementos del tipo sistemático objetivo (incluyendo los elementos normativos de recorte) y también sobre los imputativos del tipo conglobante. Su base constructiva legal más sintética es el fin de cometer un delito... (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2002, pág. 519).

De acuerdo con la redacción del Código Penal se entiende que su contenido corresponde sólo a dolo directo y así lo han entendido las siguientes dos sentencias, entre otras. La primera, correspondiente a la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, del 16 de noviembre de 2011, publicada en la Gaceta Judicial 12, Serie 18, estableció:

El dolo, que es la intención dañada es una forma de culpabilidad. También el Prontuario No. 16-X-98 (Exp. 391-98, Segunda Sala) expresa en el ordinal tercero “Nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción sino lo hubiere cometido con voluntad y conciencia; pero a su vez, reputasen como actos conscientes y voluntarios todas las infracciones, mientras no se prueba lo contrario, es decir, la falta de conciencia y voluntad debe ser probada por el sindicado que la alega. Estos conceptos están contenidos en los Arts. 32 y 33 del Código Penal, y la única excepción es cuando de las circunstancias que precedieron o acompañaron al acto puedan deducirse que no hubo intención dañada de cometerlo... (Juicio por asesinato, 2011)

En un sentido similar se pronunció la Segunda Sala de lo Penal de la Ex Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 7 de marzo de 2007, publicada en la Gaceta Judicial No. 4, Serie 18, que al referirse a la culpabilidad en un acto de naturaleza sexual afirmó que “... el contenido de la conducta es el dolo porque el sujeto activo tiene la intención de realizar el acto...” (Recurso de casación, 2007).

En otras legislaciones como la colombiana, junto a la doctrina, se aceptan otras posturas referentes al dolo. Reconocen al dolo indirecto –dolo directo en segundo grado– y al dolo eventual cuyo sustento versa en teorías del consentimiento y de la representación. La teoría del dolo directo en segundo grado parte desde una noción de culpabilidad en la que prima la voluntad. Es decir, que hay intención de realizar el hecho, cuya postura sería la que mejor se acomoda al sistema penal

ecuatoriano. En cambio, la teoría del dolo eventual nace con la representación que surge desde la tipicidad. En otras palabras, prevalece el conocimiento, esto es, el saber del riesgo o de la probabilidad de la existencia de un resultado típico.

Juan Bustos Ramírez toma el concepto propuesto por Helmuth Mayer, quien refiere que “... dolo eventual significa dolo dirigido a una mera posibilidad representada” (Bustos Ramírez, 2012, pág. 172) y hace lo mismo con el planteamiento de Hors Schröder, para quien “... *dolus eventualis* significa actuar con la representación de la posible lesión jurídica” (Bustos Ramírez, 2012, pág. 173). Entonces, el dolo eventual debería ser considerado, solamente, como una forma de culpa. En realidad, se lo trata como una culpa temeraria cuya interpretación podría ser analógica y contraria a la política criminal y a las garantías de derecho penal. En el dolo eventual el autor deja el resultado al azar, mientras que en la culpa consciente conoce y acepta como probable la comisión de la infracción, pero confía evitar el resultado típico (Bustos Ramírez, 2012, pág. 175 a 184).

2. LA CONDUCTA DEL ARTÍCULO 13 DE LA LEY DE DERECHOS Y AMPARO AL PACIENTE:

¿DOLOSA O CULPOSA?

La redacción del artículo 13 de la Ley No. 77 corresponde a un delito doloso de omisión. “Negar” la atención médica infiere una omisión al deber de garantía por los responsables de un centro médico sobre la vida y salud de pacientes en estado de emergencia. Entonces, la falta de atención médica en estado de emergencia constituye un delito doloso de omisión impropia.

El problema del referido artículo se relaciona con el sujeto activo. El término “responsable” presume la representación del centro médico en cualquier persona y da lugar a una interpretación extensiva porque solamente es responsable quien es acreditado por el estatuto social. Este reconocimiento genera un problema con el dolo. Si la orden de omitir la atención de emergencias

proviene del responsable del centro médico quien expide una disposición normativa de carácter general, no puede decirse que actuó dolosamente. El dolo del Código Penal ecuatoriano exige la intención directa de causar un daño. Por consiguiente, el representante de la casa de salud no puede asumir esa responsabilidad por emitir normas administrativas que garanticen el pago previo a la prestación de servicios de salud.

Al tratarse de un delito de peligro abstracto, “... que se traduce en la exigencia de la efectiva peligrosidad *ex ante* de la conducta, como atributo de la acción, siendo absolutamente irrelevante que *ex post* se produzca o no peligro concreto” (Rodríguez Montañés, 2004, pág. 397), la responsabilidad también puede ser culposa. Respecto a los delitos que protegen bienes jurídicos determinables como los de salud pública, Teresa Rodríguez Montañez sostiene lo siguiente:

Es necesaria la constatación de la efectiva peligrosidad de la conducta, que puede reconducirse a la exigencia de infracción del deber objetivo de cuidado en relación con la eventual lesión de esos bienes jurídicos (imprudencia), respondiendo, por tanto, a la misma estructura de los delitos de peligro concreto: adelantamiento de las barreras de protección a supuestos de imprudencias sin resultado lesivo. (Rodríguez Montañés, 2004, pág. 398)

Así las cosas, para que la conducta pudiera calificarse como dolosa, era necesario, al menos, que el representante tuviera conciencia de los riesgos implícitos, lo que hubiese permitido tratar el caso como dolo eventual si esa posibilidad se encontrase reconocida por el Código Penal. Al contrario:

... la imprudencia radica en la realización de la acción típica sin conciencia de la aptitud lesiva de la conducta (delitos de aptitud) o de los elementos que la fundamentan típicamente, existiendo posibilidad y deber objetivo de tal conocimiento. (Rodríguez Montañés, 2004, pág. 400)

Entonces, la publicación de normas administrativas que impiden la atención médica en emergencia comprendería una conducta dolosa por dejar al azar el resultado, si al momento de su redacción hubiese conciencia de los riesgos de su aplicación; de lo contrario, sería imprudente.

En definitiva, los médicos o administrativos que cumplen con el reglamento al recibir a una persona en emergencia no pueden ser sancionados por la conducta estudiada, pues no presentan las cualidades del sujeto activo calificado por no poseer la calidad de responsables del Centro Médico; es decir, que su condición jurídica les impide responder a título de representantes del lugar de atención al paciente y ello los desacredita como sujetos activos calificados.

CAPÍTULO III

LA FALTA DE ATENCIÓN A PACIENTES EN ESTADO DE EMERGENCIA DENTRO DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

1. CAMBIOS REFERENTES A LOS SUJETOS ACTIVOS DE DELITO BAJO EL ESQUEMA DEL NUEVO CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Con la promulgación del Código Orgánico Integral Penal (COIP), que entró en vigencia el 10 de agosto de 2014, la Asamblea Nacional derogó el Código Penal y, tácitamente, el artículo 13 de la Ley No. 77. Tipificó una conducta similar que define de manera más acertada la cualidad del sujeto activo calificado y delimitó la modalidad al delito doloso. De esta forma, quedó redactado el artículo 218 del nuevo estatuto penal:

Desatención del servicio de salud.- La persona que, en obligación de prestar un servicio de salud y con la capacidad de hacerlo, se niegue a atender a pacientes en estado de emergencia, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Si se produce la muerte de la víctima, como consecuencia de la desatención, la persona será sancionada con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años.

Si se determina responsabilidad penal de una persona jurídica, será sancionada con multa de treinta a cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general y su clausura temporal.

A partir de esta normativa, el sujeto activo calificado dejó de ser el responsable del centro médico y pasó a ser toda persona obligada a prestar un servicio de salud en la capacidad de hacerlo. Además, reconoce la responsabilidad penal de la persona jurídica.

1.1. La responsabilidad penal de la persona jurídica en la legislación ecuatoriana

Si bien analizar la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es un propósito de la tesis, aquí conviene revisar rápidamente, como prevé el artículo 218 del COIP, esta realidad en la

legislación ecuatoriana. La intención es comprender desde lo dogmático, y según la parte general del Código, la posibilidad de su autoría o participación en la comisión de infracciones penales.

La imputación penal hacia la persona jurídica ha sido materia de debate que aún se discute. Hay razón para ello dada la complejidad de adoptar el actual sistema de estructura penal a las conductas de entes ficticios o creaciones de ley. Un punto importante de divergencia es la capacidad de acción de la persona jurídica que no puede adecuarse, naturalmente, al concepto comprendido por los estándares de la doctrina vigente. Resulta indiferente la escuela a la que se apele, puesto que casi todos los criterios coinciden en que la acción es una conducta humana.

Las legislaciones no definen qué debe entenderse por acción. Por ejemplo, el artículo 22 del COIP determina que “[s]on penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables”. Por su parte, el artículo 25 del Código Penal de Colombia únicamente refiere que “[l]a conducta punible puede ser realizada por acción u omisión”. Así las cosas, la norma destaca que la conducta puede tener como modalidad la acción u omisión, pero nunca expresa qué debemos entender por cada una de ellas. Para suplir este vacío debemos recurrir a la doctrina.

En este sentido, Rosario del Vicente Martínez señala que “la acción u omisión están abarcadas dentro del comportamiento humano, que es el primer elemento del delito” (Del Vicente Martínez, 2015, pág. 47). En otras palabras, para que pueda hablarse de acción, siempre debe haber una conducta humana.

Al contrario del criterio mayoritario, Günther Jakobs considera que es posible que las personas jurídicas tengan capacidad de acción de la misma forma que culpabilidad:

... las personas constituyen un sistema y este sistema no debe estar necesariamente formado por mente y cuerpo como una persona física, sino que también puede estarlo mediante estatutos y

órganos, así señala que las actuaciones de los órganos con arreglo a sus estatutos se convierten en acciones propias de la persona jurídica... (Jakobs, 1997, pág. 183)

Jakobs plantea que la persona jurídica posee un órgano de representación que actúa a su nombre y la obliga jurídicamente. En consecuencia, puede celebrar actos lícitos o ilícitos por los que deberá responder, por ejemplo, pagando indemnizaciones. Entonces, de la misma forma en que puede celebrar contratos, también puede obligarse al cumplimiento de la normativa penal. Es así que, en el supuesto de desobedecer la norma, se daría una causa de culpabilidad por haber defraudado las expectativas de la conducta esperada.

Se puede observar que para Jakobs la persona jurídica es sujeto de acción penal, al actuar a través de su órgano de representación por el que puede cometer hechos ilícitos. Este autor confunde la estructura de la corporación que está representada por una persona natural con la misma entidad ficticia creada por la ley. Es decir, que funde en una sola cosa al órgano del que emana la resolución organizativa que debe estar integrada por personas naturales con la compañía *per se*.

... la culpa del órgano y el deber de la persona jurídica infringido se “suman” a los efectos de una acción no permitida. Conforme a esto, por esa acción no permitida responde sólo la persona jurídica, porque lo cierto es que el órgano no ha incumplido ningún deber que sea suyo, en cuanto persona... (Jakobs, 2002, pág. 76)

Bajo este paradigma, las legislaciones que asumen la reponsabilidad penal de la persona jurídica conciben que la acción es cometida por personas naturales que la representan, dirigen o trabajan para ella. En este sentido, el artículo 49 del COIP señala:

... las personas jurídicas [...] son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyan en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas...

En una postura contraria a Jakobs, Demetrio Crespo afirma lo siguiente:

... la persona jurídica como tal no *comete* ningún delito, sino que, como dice el propio legislador en el actual art. 31 ter, “la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constante la *comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior*”. En segundo lugar, dado que esta responsabilidad puede exigirse “*aún cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya posible dirigir el procedimiento contra ella*”, se trata en esencia de un modelo de responsabilidad objetiva que no se compadece con la naturaleza jurídica de carácter penal que el legislador de modo voluntario le confiere... (Demetrio Crespo, 2015, pág. 21; cursivas del original)

Ciertamente, bajo esta lógica, hay una responsabilidad objetiva en contra de la persona jurídica. Esto violenta el subprincipio de culpabilidad, que consiste en...

... proteger la vida social siempre que la afectación a la dignidad que lleva consigo sea minimizada, y las necesidades preventivas canalizadas hacia la sanción sólo del responsable del hecho [...]. De lo contrario, la sanción de sujetos no responsables, o la sanción sin tomar en cuenta las peculiaridades del sujeto, darían en un recurso desmedido –y por tanto injustificado– al Derecho penal... (Sánchez-Ostiz, 2012, pág. 217)

Para determinar la existencia de culpabilidad, el artículo 34 del COIP demanda el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta. Este requerimiento, para el caso de la responsabilidad penal corporativa, no podría verificarse al no existir posibilidad de que la empresa tenga conocimiento de la antijudicidad de la conducta. Por lo tanto, para su sanción, la ley se complace con la acción u omisión de las personas naturales aludidas y un beneficio a la compañía o sus socios o accionistas.

Esta capacidad de compartir la imputación subjetiva de la persona física con la jurídica resulta muy cuestionable. En Colombia tal norma sería contraria a la prohibición expresa de responsabilidad objetiva contenida en el artículo 12 del Código Penal. Sobre la imputación objetiva referente al provecho de la persona jurídica por la actuación de un tercero, Jesús María Silva Sánchez ha mencionado:

... no puede afirmarse que la idea de “*actuación en provecho*” equivalga funcionalmente a un título convencional de imputación subjetiva. Creo, por ello, que le asiste razón a la postura que en su día

afirmó taxativamente que “*tal imputación ‘normativa’ del comportamiento individual ‘como propio del grupo’ se reduce a una mera imputación objetiva, que podría ser suficiente para la imposición de consecuencias jurídico-civiles o de Derecho público, pero precisamente no para la culpabilidad subjetiva y la pena*” (Silva Sánchez, 2013, pág. 25; cursivas del original)

El problema de la responsabilidad de la persona jurídica en la forma como está conceptualizado en el COIP tiene otras implicancias. A continuación del primer párrafo del artículo 49, el legislador estableció que “[l]a responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito”. Además, como norma complementaria, en el artículo 50 se determinó:

La responsabilidad penal de las personas jurídicas no se extingue ni modifica si hay concurrencia de responsabilidades con personas naturales en la realización de los hechos, así como de circunstancias que afecten o agraven la responsabilidad o porque dichas personas han fallecido o eludido la acción de la justicia; porque se extinga la responsabilidad penal de las personas naturales, o se dicte sobreseimiento...

El siguiente párrafo del mismo artículo señala que “[t]ampoco se extingue la responsabilidad de las personas jurídicas cuando éstas se han fusionado, transformado, escindido, disuelto, liquidado, o aplicado cualquier otra modalidad de modificación prevista en la ley”. Esta realidad normativa ratifica la responsabilidad objetiva señalada. Luego, plantea un problema sobre un posible doble juzgamiento al existir responsabilidad duplicada. La primera atribuible a la compañía y la segunda, a los actos realizados en su nombre y representación por personas naturales en beneficio suyo o de sus asociados.

Sin embargo, es prudente señalar que las propocisiones adoptadas por estos dos artículos tienen contradicciones que surgen del mismo contrasentido del concepto de acción u omisión. Existe una aparente absorción de la conducuta humana por parte de la corporación como un hecho propio, lo que se entiende bajo el esquema propuesto por Jakobs. Empero, se contrapone al mismo

sentido del criterio utilizado cuando diferencia su responsabilidad con la de las personas naturales como cuestiones independientes.

En otras palabras, el contrasentido reside en que la sociedad no asume como suya dicha responsabilidad al liberarla, indefectiblemente, sobre las personas naturales causantes del ilícito. Sin embargo, al mismo tiempo asume una responsabilidad ajena sin una demostración en su contra por la comisión de los elementos subjetivos del tipo. Esta realidad conduce a ratificar, nuevamente, la existencia de una responsabilidad objetiva y, por lo tanto, de un problema de culpabilidad. Una propuesta de solución es que se trabaje como una forma de coautoría en sentido contrario a la tesis del actuar a nombre de otro o al modelo de atribución-transferencia.

A pesar de que este tema puede ser materia de otro estudio, no debe desconocerse la necesidad de construir un sistema de imputación penal para la persona jurídica. Una edificación conceptual de delito pensado en las corporaciones facilitará adecuar y justificar sus acciones bajo un esquema que no vulnere el concepto de culpabilidad.

1.2. Los sujetos activos calificados en el nuevo Código Orgánico Integral Penal

El artículo 218 del COIP parecería mejor redactado que el artículo 13 de la Ley No. 77. En ésta se trataba genéricamente a los representantes de un centro de salud, sin precisar con exactitud quiénes cumplían esa descripción. El nuevo Código dispone que deben prestar el servicio de salud quienes tengan la obligación de hacerlo y estén en la capacidad de cumplirlo. En ese sentido, la vigente redacción impone la necesidad de revisar cuándo existe dicha obligación y cuáles son las personas que tienen que prestarla.

El segundo párrafo del artículo 28 del COIP determina cuándo una persona adopta una posición de garantía respecto de otras:

[s]e encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico.

El COIP limita la posición de garante a las fuentes formales: la ley, el contrato y la injerencia o la creación de un riesgo del cual se genera la obligación de garantía frente al bien jurídico. Enrique Gimbernat Ordeig entiende que es una responsabilidad especial por la que una persona se convierte en protector de ciertos bienes jurídicos en situaciones determinadas.

La posición de garante, esto es: la posición que destaca a una persona (o personas) de entre todas las demás, que la hace responsable del bien jurídico penalmente protegido, y que en consecuencia y si no evita su lesión, le atribuye a ésta igual que si la hubiere causado mediante una acción... (Gimbernat Ordeig, 2013, pág. 132)

Por su parte, el artículo 6 del Acuerdo Ministerial 14.660, publicado en el Registro Oficial 5 del 17 de agosto de 1992, contiene el Código de Ética Médica: “[e]l Médico desde que es llamado para atender a un enfermo, se hace responsable de proporcionarle todos los cuidados médicos necesarios para que recupere su salud. Su responsabilidad mayor será la conservación de la vida del enfermo”.

Asimismo, el artículo 8, literales a) y c), señala cuáles son los motivos por los cuales un galeno no puede excusarse del tratamiento médico al que está obligado a atender:

Está obligado a acudir a un llamado sin motivo de excusa, en los siguientes casos:

a) Cuando no haya otro facultativo en la localidad en que ejerce su profesión;

[...]

c) En los casos de suma urgencia o peligro inmediato para la vida del enfermo.

Además, los artículos 77 y 78 de la norma invocada prescriben las situaciones en las que el médico debe transferir su consulta a un especialista para que continúe con la atención o el tratamiento adecuado:

Art. 77.- Comprobada por un médico tratante la oportunidad de la intervención de un especialista, deberá hacerlo presente al enfermo o sus familiares. Aceptada la consulta, ésta se concertará y realizará de acuerdo con los artículos pertinentes de este Código.

Art. 78.- Si de la consulta realizada se desprende que la enfermedad está encuadrada dentro de la especialidad del consultante, el médico tratante debe cederle la conducción del tratamiento. Si en cambio, no constituye más que una complicación y ocupa en lugar secundario en el cuadro general de la enfermedad, la conducción del tratamiento corresponde al médico tratante y el especialista debe concretarse a tratar la condición patológica que le corresponde, y, de acuerdo con aquel, suspender su intervención tan pronto como cese la necesidad de sus servicios.

Por lo señalado, el médico con capacidad para atender a un paciente será aquel que pueda prestar sus servicios dentro de las competencias adquiridas, siempre que la situación no requiera de un médico especialista. La excepción aludida no se aplica si el lugar del tratamiento carece de un profesional con las capacidades especiales requeridas por el paciente. Tampoco cuando la gravedad del caso impida al médico tratante excusarse de asumir la responsabilidad de precautelar la vida del enfermo. El análisis del tipo penal en estudio debe empezar por entender la “capacidad” del médico. Una vez comprendida, se podrá deducir la posición de garante que indicará si hay una omisión de la prestación en los términos del artículo 218 del Código.

El COIP limita la atención requerida a casos de urgencia. En un sentido similar, el artículo 3 del Código de Ética Médica establece que “[e]l médico está obligado a dar su más amplia y decidida colaboración voluntariamente y/o a solicitud de la autoridad competente en casos de epidemias, desastres, emergencias o conflagración...”.

Una inquietud que, en algún momento, deberá ser resuelta por la justicia ecuatoriana es si la condición de médico y sus obligaciones inmanentes se mantienen por mandato de ley. Si es así, ¿cuál sería su función cuando no están ejerciendo su profesión al momento de una emergencia? El artículo 4 del Código de Ética Médica podría dar luces a la duda generada al establecer el alcance de la obligación jurídica del médico cuando se trate de una función social: “[c]uando sea requerido

a cumplir una obligación extraordinaria de beneficio social, tendrá libertad para realizar su cometido en condiciones que no atenten contra su integridad personal”.

El análisis para determinar la obligatoriedad del médico según su “capacidad” podría hacerse desde el factor de exigibilidad legal frente a su situación personal al momento de una emergencia. Si el profesional se encuentra de turno en el centro de salud o en situación de llamada, está en condición de garante. La indicada posición se deduce de los artículos 7, literal j, de la Ley Orgánica de la Salud (LOS) y de los artículos 8 y 12 de la Ley No. 77 de Derechos y Amparo al Paciente:

Art. 7, LOS - Toda persona, sin discriminación por motivo alguno, tiene en relación a la salud, los siguientes derechos:

j) Ser atendida inmediatamente con servicios profesionales de emergencia, suministro de medicamentos e insumos necesarios en los casos de riesgo inminente para la vida, en cualquier establecimiento de salud público o privado, sin requerir compromiso económico ni trámite administrativo previos;

Art. 8, Ley No. 77 - Todo paciente en estado de emergencia debe ser recibido inmediatamente en cualquier centro de salud, público o privado, sin necesidad de pago previo.

Art. 12.- Bajo ningún motivo un centro de salud podrá negar la atención de un paciente en estado de emergencia.

El centro de salud que se negare a atender a un paciente en estado de emergencia será responsable por la salud de dicho paciente y asumirá solidariamente con el profesional o persona remisa en el cumplimiento de su deber, la obligación jurídica de indemnizarle los daños y perjuicios que su negativa le cause.

Una situación que podría generar duda sobre la posición de garantía, en términos de Jakobs, es cuando una persona está fuera del cumplimiento de su rol profesional. Por ejemplo, un médico que, cenando en un restaurante, observa que a otro comensal le sobreviene un paro respiratorio y requiere de asistencia profesional de urgencia. Sobre el enfermo, el galeno no tiene ningún vínculo por el que deba guardarle un cuidado especial. Tampoco está en ejercicio de su profesión, dentro de un hospital o centro de salud. Se encuentra en su tiempo libre y no ha sido causante del infarto. Por lo tanto, no tendría obligación de hacer uso de sus conocimientos especiales, sin perjuicio de que lo asista como deber de socorro.

Diego-Manuel Luzón Peña, quien toma como referencia a Claus Roxin, manifiesta que esta postura...

... alude al origen y fundamento material (en vez de a la fuente formal) de los deberes de garante [...] Aunque Roxin II, dice que coincide prácticamente con la distinción de las funciones de *Arm. Kaufmann*, en el sentido de que los deberes por organización se corresponderían con los deberes de control de fuentes de peligro y los deberes por competencia institucional con los de protección de bienes jurídicos... (Luzón Peña, 2016, págs. 932-933; cursiva del original)

El artículo 425 de la Constitución de Ecuador establece el orden normativo que regula el funcionamiento jurídico interno. Ahí se determina que los acuerdos ministeriales se encuentran, jerárquicamente, por debajo de las leyes. Además, el artículo 132 otorga exclusiva potestad a la Asamblea Nacional para dictar leyes. Entonces, por principio de legalidad previsto en el artículo 76.3 de la Constitución, concordante con el artículo 5.1 del Código Penal, sólo son conductas penales las tipificadas en la ley. El numeral primero del artículo 5 señalado establece que “No hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla”.

Así las cosas, el artículo 13 del COIP establece las reglas de interpretación de las normas en sus numerales 2 y 3:

2. Los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma.
3. Queda prohibida la utilización de la analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permitan la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos.

Por consiguiente, cualquiera sea la teoría que se utilice, lo cierto es que el médico del ejemplo no mantiene una posición de garante respecto del comensal, aun en caso de emergencia. Al ser la ley fuente formal, el médico no puede ser garante de la persona urgida de atención profesional, excepto si él fue el causante de la enfermedad. Un acuerdo ministerial no cumple con las formalidades legislativas para considerarlo vinculante a efectos de constituir a un médico como

garante de pacientes en situación de emergencia. Por lo tanto, el Código de Ética Médica no es fuente formal que pueda ser usada contra un profesional de la salud en el ejercicio de su función social.

En tal virtud, en Ecuador el médico que se encuentra fuera de sus funciones no está obligado a atender a un paciente necesitado al no existir norma legal que le imponga esa obligación. Tampoco se le podría condicionar como garante de la salud o vida de dicha persona. En conclusión, no se cumplirían los requisitos normativos del artículo 218 del COIP.

Como se puede observar, la norma penal analizada no califica al sujeto activo del delito bajo consideraciones especiales. Solamente refiere, en términos generales, que esté obligado a dar un servicio de salud y que se encuentre en capacidad de hacerlo. Sin embargo, esta circunstancia fáctica queda reducida a las fuentes formales. Así las cosas, ni siquiera los médicos de forma voluntaria pueden asumir la posición de garante, a menos que lo hagan por injerencia. Tampoco podrían hacerlo fuera de los términos de un contrato, puesto que no existe ley que les imponga el deber previsto en el artículo 8 del Código de Ética Médica.

2. IMPUTACIÓN OBJETIVA

En la teoría de la imputación objetiva, elemento objetivo del tipo penal, lo que importa es la generación de un riesgo no permitido o el incremento de un riesgo prohibido. El riesgo referido debe ser consecuencia de una acción humana carente de contenido volitivo en los términos del finalismo.

Roxin entiende que se trata de una tautología. Ambos conceptos llevan a una misma conclusión sobre el incremento ilícito de un riesgo que pone en peligro la prevención normativa sobre el resultado no deseado. Por esto, quienes defienden la posición de la imputación objetiva,

aunque sin llegar al extremo de Jakobs, convergen en que el entendimiento del ilícito debe surgir desde la perspectiva del resultado. En cambio, desde el elemento subjetivo se valora la posibilidad del autor de obrar en una forma distinta, equivalente a evitar un riesgo prohibido o jurídicamente desaprobado.

Al referirse a la imputación objetiva, Juan Fernández Carrasquilla establece lo siguiente:

... la operación de la imputación objetiva requiere, según las exposiciones más generalizadas, de un acontecimiento general evitable por la persona y que del obrar de ésta pueda predicarse que su conducta fue causa material del resultado –en el sentido de la equivalencia de las condiciones– y que contiene la creación de un riesgo prohibido o jurídicamente desaprobado que se concretó en el resultado lesivo, produciéndose éste dentro del fin de protección de la norma (hace parte de los riesgos que el tipo quiere prevenir)... (Fernández Carrasquilla, 2011, pág. 175)

Para esta teoría, la voluntad no tiene con un papel importante en la acción; de hecho, es absolutamente prescindible si no se la descarta por completo. El elemento subjetivo queda comprendido con el conocimiento de los elementos objetivos del tipo y, por tanto, con el resultado *per se*.

CAPÍTULO IV

EXPERIENCIA ECUATORIANA FRENTE AL TIPO PENAL DE DESATENCIÓN A PACIENTES EN ESTADO DE EMERGENCIA

1. EXPERIENCIA JUDICIAL: SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 2014

En la ciudad de Quito, el 12 de septiembre de 2009, aproximadamente a las 19:30, una ciudadana francesa fue víctima de un asalto. En este acto violento recibió un disparo frontal en el tórax, que le produjo una herida a la altura del segundo espacio intercostal izquierdo. Fue trasladada a una clínica privada de la misma ciudad donde, a las 20:09, ingresó al área de emergencias. A las 20:40 se realizó un examen de rayos X que registró una hemorragia en abdomen derecho y confirmó la trayectoria del proyectil como la sospecha de lesión cardíaca. También a las 20:40 se estableció que el único médico cardiororácico que conformaba el cuadro de llamadas de la clínica no se encontraba en la ciudad. Ante esa ausencia, se convocó a un cirujano abdominal para que integrase el equipo que debía ser liderado por un especialista en procedimientos quirúrgicos del corazón y otros órganos del tórax.

El cirujano abdominal permitió que se difiriera la intervención cardiororácica hasta que se anticipara el pago de la cirugía. La decisión de realizar el trámite de admisión fue informada a conocidos de la paciente. El proceso se inició con la hoja de emergencia que fue entregada a las 21:00 en admisiones. Ahí se sugirió que consiguieran una tarjeta de crédito para firmar el contrato y el *voucher* de pago; de lo contrario, se transferiría a la paciente a un hospital público. Los amigos locales de la paciente concurren a la clínica y suscribieron el contrato de admisión y garantía junto con el *voucher*.

A las 21:50 se manifestó la falta de atención médica a la paciente cuando el líder del equipo describió un episodio de bradicardia que trató de controlar con medicamentos. A las 22:10, antes de comenzar la laparotomía e inducir la anestesia, la paciente sufrió un paro cardíaco sin responder a la estimulación externa. Este acontecimiento obligó al cirujano a abrir una ventana a la altura de la apófisis xifoides para alcanzar el corazón y darle masaje directo. En ese momento se percató de que el corazón de la paciente tenía dos agujeros en su aurícula derecha y decidió realizar una toracotomía. Esta operación debió haberse realizado dos horas antes, con la presencia del cirujano cardiotorácico.

A las 22:50 ingresó un cirujano cardiotorácico, quien informó al líder del equipo que se había hecho todo lo posible, pero que la paciente ya había fallecido. Ella estaba exanguinada y tenía las pupilas midriáticas. Sin embargo, a las 23:00 terminaron de suturar el corazón y el líder pasó a atender el problema hepático hasta la 1:15 del 13 de septiembre de 2009. A esa hora la paciente fue declarada muerta.

2. SENTENCIA DICTADA POR EL TRIBUNAL PENAL SOBRE LA PARTICIPACIÓN DEL ADMINISTRADOR DEL CENTRO MÉDICO

2.1. Materialidad de la infracción

El 9 de junio de 2014 el Tribunal Penal concluyó que había existido una negativa de atención a la paciente. No se había cumplido con un servicio adecuado y de calidad conforme a la gravedad del estado de salud con el que había ingresado. Además, se demostró la falta de atención a la paciente cuando se le exigió la presentación de una tarjeta de crédito como condicionamiento para el servicio. Mientras tanto se le dio una atención básica sin considerar la gravedad de su estado.

En la sentencia, el Tribunal confirmó que el médico cirujano inició el procedimiento luego de la suscripción del *voucher* de garantía por un conocido de la paciente. Entre el ingreso de la paciente y la atención quirúrgica recibida, existió una demora de una hora cincuenta y seis minutos. Por último, afirmó que el hospital no contó con personal capacitado necesario para atender la emergencia y que la intervención médica fue inadecuada y la cirugía requerida –toracotomía– no fue practicada por un especialista.

2.2. Argumentos de culpabilidad encontrada por el Tribunal en contra del administrador del centro médico

El Tribunal Penal encontró la culpabilidad del administrador del Centro médico, en los siguientes argumentos. En primer lugar, al haber generado una situación de peligro abstracto cuando impuso como política administrativa en el área de emergencias el requerimiento de garantía bancaria sin considerar la gravedad de los pacientes. En segundo lugar, al actuar por omisión impropia, pues estuvo en la posibilidad física de emitir directrices o políticas administrativas para realizar la conducta ordenada por la ley, que era actuar contrario a los estatutos de su representada. En este sentido, su omisión produjo el resultado típico de manera objetiva –negar atención– y subjetiva cuando pudo haber realizado la acción esperada por su conocimiento de la situación generadora del deber de cuidado. Ergo, ejecutó la conducta omisiva –comisión por omisión– al incumplir su deber de garante –responsable de un centro de salud–, según el artículo 13 de la Ley No. 77. Por último, el Tribunal concluyó que el personal cumplió con las disposiciones directas emitidas por su administración. La sentencia fue ratificada el 10 de septiembre de 2014 por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.

3. CONCLUSIONES CRÍTICAS A LAS SENTENCIAS ECUATORIANAS

Luego del análisis dogmático al tipo penal del artículo 13 de la Ley No. 77, es posible formular críticas contra las sentencias del Tribunal Penal y de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial, tribunal de alzada, dictadas en este caso. En primer lugar, las directrices administrativas adoptadas por el representante del centro médico para su funcionamiento no pueden ser un cargo de responsabilidad penal; a lo mucho, sería motivo de una sanción administrativa.

En segundo lugar, el médico de llamada que debía ir al hospital ante una situación de emergencia se había ausentado de la ciudad sin previo aviso. Su negligencia provocó que la urgencia cardiorácica presentada por la ciudadana francesa fuera atendida por un médico de otra especialización. Entonces, podría plantearse que el único responsable de que no hubiese el médico de llamada fue el mismo especialista cardiorácico, quien no debió salir de la ciudad sin dar noticia de ello. En esa circunstancia, la falta de ese profesional no podría ser culpa del administrador del centro médico, lo cual ello debió reconocerse en las cuestionadas sentencias.

En tercer lugar, las directrices de cobro por servicios médicos generales no fueron promulgadas con la intención de provocar un daño concreto a la paciente, sino como mecanismo de control de pagos. Así las cosas, la conducta del director del centro, en el peor de los casos, podría ser culposa, nunca dolosa, como señala la sentencia. Empero, la misma resolución presenta una falacia cuando indica que esas políticas generaban un peligro para los posibles usuarios de los servicios médicos. En tal virtud, ese reconocimiento significa que la responsabilidad punible era negligente, nunca de dolo directo.

En cuarto lugar, el Tribunal no motivó la materialidad de la infracción ni la culpabilidad atribuidas al director del hospital. Primero porque no hubo una participación personal y directa de él como administrador en la falta de atención médica del personal de salud obligado a hacerlo.

Segundo, porque las directrices señaladas crearon una situación de peligro que conllevan una responsabilidad culposa, al no encontrarse previsto el dolo eventual en la ley ecuatoriana. Bajo esas consideraciones, el Tribunal Penal debió absolverlo por no estar adecuada su conducta al tipo juzgado.

En quinto lugar, la Sala de la Corte Provincial de Justicia reconoció que el sujeto activo calificado es el representante legal del centro médico. También afirmó que el delito es de ejecución instantánea, por lo cual se trata de un delito de mera actividad y, en consecuencia, la Corte no demanda un resultado de lesión. Asimismo, estableció que el delito se consuma con la sola realización de cualquiera de los verbos rectores; como se dijo, el verbo rector es el “negar” la atención médica. Sin embargo, la Sala debió reconocer que esa negativa debió darse por el director al momento de la necesidad del servicio y no hipotéticamente como un delito de peligro.

Por último, la Corte Provincial manifestó que se trata de un delito doloso autónomo y de ejecución instantánea. Si la intención fue responsabilizar a su representante, debieron considerar que el delito no se consumó con la elaboración y publicación de las normas administrativas, sino con la omisión posterior. La demora en la prestación médica por cumplir las directrices de cobro fue responsabilidad de otras personas distintas del administrador, quien no estuvo presente en la toma de decisiones. En tal virtud, la Corte debió revocar la sentencia del Tribunal por ser un delito de peligro abstracto, cuya culpabilidad es la modalidad culposa que no corresponde al tipo estudiado.

CAPÍTULO V

EL DERECHO DE RESPONSABILIDAD MÉDICA EN COLOMBIA

1. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO DE LA NORMATIVA CIVIL Y ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO COLOMBIANO

Para confirmar la hipótesis de esta investigación, desde el inicio deben aplicarse los principios garantistas de Derecho Penal: subsidiariedad y Derecho Penal fragmentario o de *ultima ratio*. Sólo así podrá entenderse si es necesario tipificar como conducta la falta de atención a pacientes en estado de emergencia o dejar su sanción a la regulación civil-administrativa. Para esto, se precisa realizar un corto estudio del sistema jurídico extrapenal colombiano aplicable al sistema de salud y a pacientes en estado de emergencia. La finalidad es obtener las herramientas que permitan obtener conclusiones válidas sobre la reacción del derecho colombiano frente a supuestos de falta de atención oportuna en servicios sanitarios. La información que se obtenga permitirá responder la pregunta investigativa.

2. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO EN COLOMBIA

El artículo 49 de la Constitución Política de la República de Colombia establece como responsabilidad del Estado garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Además, dispone al mismo Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de estos servicios conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También establece que le corresponde fijar las políticas de su prestación por parte de las entidades privadas y ejercer su vigilancia y control. Finalmente, manifiesta la forma en la que deben estar organizadas estas asistencias.

El Estado colombiano, en cumplimiento del mandato constitucional, regula la prestación de servicios de salud por intermedio del Ministerio de Salud y Protección Social. Esta cartera fue creada mediante Decreto 4107 del 2011 por el presidente de la República, en atribución al literal b) del artículo 18 de la Ley 1444 del 2011.

2.1. Superintendencia Nacional de Salud

En función del Sistema General de Seguridad Social, el artículo 36 de la Ley 122 de 2007 creó el sistema de vigilancia, inspección y control de la Superintendencia Nacional de Salud. De conformidad con su artículo 35, el control otorgado a esta Superintendencia es para...

... ordenar los correctivos tendientes a la superación de la situación crítica o irregular (jurídica, financiera, económica, técnica, científico-administrativa) de cualquiera de sus vigilados y sancionar las actuaciones que se aparten del ordenamiento legal bien sean por acción o por omisión...

En este entendido, el artículo 41 de la misma ley otorga a la misma Superintendencia la siguiente facultad jurisdiccional:

... conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos:

- a. Cobertura de procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen pongan en riesgo o amenacen la salud del usuario.
- b. Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS [Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud] que no tenga contrato con la respectiva EPS [Entidades Promotoras de Salud] cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la entidad promotora de salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.
- c. Conflictos que se susciten en materia de multifiliación en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- d. Conflictos relacionados con libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En esta materia, Juan Matera Ramos plantea que el juez puede conocer de estos reclamos a petición de parte, excepto cuando el caso esté relacionado con procesos ejecutivos o litigios penales (Matera Ramos, 2018, págs. 21-22).

2.2. ¿Qué es el sistema de Seguridad Social en Salud?

El Sistema de Seguridad Social Integral se creó con la promulgación de la Ley 100 de 1993. Su objetivo se encuentra previsto en el artículo primero de la citada ley:

... garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que las afecten.

El Sistema comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, materia de esta Ley, u otras que se incorporen normativamente en el futuro...

En el sentido señalado, el sistema de Seguridad Social en Salud está incluido dentro del de Seguridad Social Integral, y la Ley 100 de 1993 lo regula desde el artículo 152. Su objetivo es organizar el servicio público esencial de salud y crear las condiciones idóneas para que toda la población pueda acceder en todos sus niveles de atención.

Por su parte, el artículo 49 de la Constitución colombiana dispone que la atención a la salud es un servicio público a cargo del Estado. Además, que puede ser delegado a las entidades privadas, como ocurre con la Ley 100 de 1993. Así las cosas, el Sistema de Seguridad Social en Salud busca satisfacer esta orden procurando garantizar a todas las personas, sin discriminación, el acceso a tales prestaciones. En cumplimiento de este fin, pueden ser beneficiarias del programa las personas afiliadas y aquellas otras que por su situación económica no pueden hacerlo. Las primeras son las que se encuentran dentro del sistema; mientras que las segundas, quienes se podrían acoger al régimen subsidiado. Este mecanismo se basa en el principio de subsidiariedad consistente en que sus gastos por la atención recibida están respaldados con los aportes de los afiliados.

Las empresas responsables de afiliar y registrar a los afiliados son las Entidades Promotoras de Salud (EPS) de acuerdo al artículo 177 de la Ley 100 de 1993. Estas entidades, según el artículo 180 de la misma ley, deben tener personería jurídica de naturaleza pública, privada o mixta reconocida por el Estado. Por lo tanto, son las instituciones por medio de las cuales se accede al sistema de Seguridad Social de Colombia.

Para el funcionamiento de este programa también forman parte de la organización las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), que pueden ser empresas privadas contratadas por el Estado. Esta modalidad de operación está reconocida por el artículo 33 del Decreto 806 de 1998, el cual “reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional”. Las IPS cumplen con la prestación de los servicios de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios, de acuerdo con el artículo 185 de la Ley 100 de 1993.

Por mandato del numeral 4 del artículo 178 de la misma ley, en caso de enfermedad de un afiliado o miembro de su familia, las entidades promotoras deben garantizar el libre acceso a los servicios preestablecidos. Estos pueden ser las IPS o profesionales con los que tienen convenios o contratos dentro de su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional. Conforme al artículo 179, las promotoras deben ofrecer a sus afiliados varias alternativas de instituciones prestadoras del servicio de salud.

3. RECONOCIMIENTO DE LA SALUD COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL

Santiago Obando refiere que para el Derecho constitucional médico los conceptos de vida y salud van juntos: “... Derecho Constitucional Médico son los preceptos constitucionales que se

refieren a la protección de vida como un bien jurídico fundamental para el derecho y fin de la medicina...” (Obando Obando, 2015, págs. 69-70). También apunta a que, en referencia al derecho a la salud y su vinculación con la vida, la Constitución no los concibe en un mismo nivel:

... en la Constitución Política de 1991 el derecho a la salud no está ubicado dentro del plexo de artículos consagrados como derechos fundamentales (del 11 al 41) pero la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha dicho que se encuentra en conexidad con el derecho a la vida... (págs. 75-76)

Como señala el texto citado, la Corte Constitucional entiende que la salud es un derecho fundamental conexo. En otras palabras, reconoce que su importancia radica en la relación de protección con otros derechos fundamentales como la vida, como cuando ésta se encuentra en peligro:

En múltiples oportunidades, esta Corporación ha señalado que, debido a su carácter prestacional o asistencial, el derecho a la salud no es, en principio, un derecho fundamental. De igual forma, la jurisprudencia constitucional ha precisado que el derecho a la salud adquiere carácter fundamental por conexidad, cuando una persona requiere servicios que no están incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud, pero que son necesarios para el mantenimiento de una vida digna. La línea de precedentes sobre el tema puede rastrearse desde las sentencias T-406 de 1992 y T-571 de 1992, en donde fue expuesto este criterio de la siguiente manera:

“Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que, no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que, si no fueron protegidos en forma inmediata los primeros, se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud que, no siendo en principio derecho fundamental, adquiere esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida...” (Salud como derecho conexo, 2004)

En sentencia T-859 de 2003 la Corte Constitucional estableció los componentes que deben considerarse para catalogar al derecho a la salud como subjetivo y elevarlo a categoría de fundamental. Es decir, darle un reconocimiento como derecho constitucional:

... 12. Al adoptarse internamente un sistema de salud –no interesa que sea a través del sistema nacional de salud o a través del sistema de seguridad social– en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, males, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo. Es decir, se completan los

requisitos para que el derecho a la salud adquiriera la naturaleza fundamental, en los términos de la sentencia T-227 de 2003.

Así las cosas, puede sostenerse que el derecho a recibir atención de salud según el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias–, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N° 14 tiene naturaleza de derecho fundamental de forma autónoma, por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas –contributivo, subsidiado, etc.–.

La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar “el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos”.

13. La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que, tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el POS [Plan Obligatorio de Salud], se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental. (Derecho a la Salud: Fundamental, 2003)

Por el avance jurisprudencial de la Corte Constitucional, el Congreso de la República expidió la Ley Estatutaria 1751 de 2015, que en su artículo primero reconoció a la salud como un derecho fundamental: “Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección ...”.

Es relevante el hecho de que este reconocimiento sea realizado a nivel de Ley Estatutaria, tal como establece Juan Matera Ramos:

Se destaca el hecho de haber consagrado estos derechos y deberes en una ley estatutaria, porque todo ello implica en el sentido de la importancia y la relevancia que tiene este tipo de leyes. Como es bien sabido, las leyes estatutarias son establecidas directamente por la Constitución Política y cuentan con un trámite especial para su expedición en razón de su trascendencia política jurídica. Amén de ser objeto de revisión previa por la Corte Constitucional... (Matera Ramos, 2018, pág. 44)

El artículo 6 de la Ley Estatutaria contempla el principio de oportunidad como elemento esencial del derecho fundamental a la salud. Esto quiere decir que las prestaciones de los servicios médicos deben proveerse sin dilaciones. Esta norma concuerda con el literal b) del artículo 10 de la misma ley, que atribuye a los usuarios del sistema a “... recibir la atención de urgencias que sea

requerida con la oportunidad que su condición amerite sin que sea exigible documento o cancelación de pago previo...”.

En consecuencia, es indiscutible que la salud comparte, junto con la vida y otros bienes jurídicos, un espacio privilegiado en el ordenamiento jurídico colombiano.

4. LA RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE MÉDICO Y PACIENTE

El servicio médico, como toda relación jurídica, no puede quedar aislado del ordenamiento legal, aunque parezca difícil ubicarlo y delinearlo como una prestación determinada. En efecto, la relación médico-paciente está desprovista de un contrato típico, nominado y solemne, lo que ha hecho que se la mire como una vinculación profesional extracontractual. Independientemente de la forma jurídica de la relación, el artículo 1494 del Código Civil reconoce lo siguiente:

... las obligaciones nacen ya del concurso de voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley...

En principio, la obligación médica de atender a un paciente proviene del mandato legal contenido en la Ley 23 de 1981 –Código de Ética Médica–, la cual “... contiene una serie de preceptos que, armónicamente interpretados, conducen a exigirle al facultativo una precisa e inequívoca conducta solidaria...” (Jaramillo, 2019, pág. 163).

La ley en cuestión reconoce que la relación médico-paciente puede provenir de su propio mandato o del acuerdo de las partes, incluso de un tercero distinto a esta relación. Al mismo tiempo, el artículo quinto prescribe que, en caso de emergencia, la relación médico-paciente nace de un acto unilateral del médico. Es así que este precepto le impone al galeno la necesidad de atender a una persona que se encuentra en esa situación. Cabe puntualizar que, conforme al Decreto

3380 de 1981, se entiende por emergencia “... todo tipo de afección que ponga en peligro la vida o integridad de la persona y que requiera atención inmediata de acuerdo con el dictamen médico...”. La obligación que tiene el médico de atender a un paciente en estado de emergencia se deduce también del contenido de los siguientes mandatos:

Art. 7, Ley 23 de 1981 - Cuando no se trate de casos de urgencia, el médico podrá excusarse de asistir a un enfermo o interrumpir la prestación de sus servicios, en razón de los siguientes motivos.

- a) Que el caso no corresponda a su especialidad;
- b) Que el paciente reciba la atención de otro profesional que excluya la suya;
- c) Que el enfermo rehuse cumplir las indicaciones prescritas.

Art. 4, Decreto 3380 de 1981 - Con excepción de los casos de urgencia, el médico podrá excusarse de asistir a un enfermo o interrumpir la prestación de sus servicios por las siguientes causas:

- a) Si se comprueba que el caso no corresponde a su especialidad, previo examen general.
- b) Que el paciente reciba la atención de otro profesional que excluya la suya, sin previo consentimiento.
- c) Que el enfermo rehuse cumplir las indicaciones prescritas, entendiéndose por éstas, no sólo la formulación de tratamientos sino también de exámenes, juntas médicas, interconsultas y otras indicaciones generales que por su no realización afecten la salud del paciente.

Es importante resaltar que el artículo 23 de la misma ley impide al médico condicionar la asistencia de salud al pago anticipado de honorarios profesionales. En ese sentido también está dirigido el artículo 10, literal b), de la Ley estatutaria No. 1751 de 2015:

Artículo 10. Derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud. Las personas tienen los siguientes derechos relacionados con la prestación del servicio de salud: [...]
b) Recibir la atención de urgencias que sea requerida con la oportunidad que su condición amerite sin que sea exigible documento o cancelación de pago previo alguno...

Puede observarse que la Ley 23 de 1981 y otras disposiciones legales contienen normas relevantes relacionadas a la atención médica a pacientes en estado de emergencia. Con todo, el artículo 11, literal b), del Decreto 3380 exonera al médico de la obligación de advertir los riesgos de una intervención médica “cuando exista urgencias o emergencias para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico”.

Finalmente, el artículo 14 de la comentada ley plantea otra excepción que faculta una intervención quirúrgica sin autorización de allegados del enfermo o de su representante legal. De manera puntual eso sucede cuando se trata de menores de edad, personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces si la urgencia del caso lo amerita:

Art 14. – El médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata...

Esta facultad legal obedece al juramento hipocrático contenido en el artículo 2 de la comentada ley y al principio fundamental de derecho a la vida reconocido por el artículo 11 de la Constitución colombiana, concordante con su artículo 49. En definitiva, la obligación de prestar un servicio médico proviene de la Constitución y de la ley. No obstante, la relación médico-paciente no siempre es resultado de un estado de emergencia, sólo en cuyo caso el médico debe actuar sin consentimiento del enfermo, representantes o allegados.

4.1. El deber jurídico del médico frente al paciente

El deber jurídico del médico frente al paciente es procurar la preservación de su salud. En ese sentido, su función es de medios y no de resultado. Esto quiere decir que, en principio, no puede garantizar el éxito de su intervención, salvo limitadas excepciones, que son tenidas en cuenta oportunamente. En lo demás, debe observarse la relación contractual, la ley y las reglas del arte o *lex artis* que deben ser atendidas particularmente.

Al respecto, el artículo 104 de la Ley No. 1438 de 2011 modifica el artículo 26 de la Ley 1164 de 2007, el cual queda redactado así:

Artículo 26. ACTO PROPIO DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD. Es el conjunto de acciones orientadas a la atención integral de salud, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas. El acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el

profesional de la salud y el usuario. Esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medio, basada en la competencia profesional...

Sobre la responsabilidad del médico en relación con el resultado de la atención al paciente, la doctrina colombiana coincide con la legislación de que el acto es de medios y no de resultado:

... *la communis opinio* manifiesta que la obligación que asume el médico, de ordinario (regla generalísima), es de medios y no de resultado, en razón de que se compromete a brindarle al paciente una esmerada y cuidadosa atención médica, en un todo de acuerdo con los avances y con los cánones de la ciencia médica, en la inteligencia de que la curación o el buen suceso del tratamiento sugerido no depende de su actuación o actividad –así lo desee vivamente–, sino de una suerte de circunstancias e imponderables que, *in toto*, trascienden su querer y, por contera, le son enteramente ajenos... (Jaramillo, 2019, págs. 339-340)

En consecuencia, la obligación médica comprende la tarea de diagnosticar a los pacientes y procurarles la mejor atención sanitaria, curándolos de sus dolencias; en el peor de los casos, asistirlos con la finalidad de proporcionarles la mejor calidad de vida posible. Todos estos esfuerzos son logrados mediante los conocimientos técnicos, el avance de la ciencia y la prudencia al momento de adoptar decisiones para el paciente. Al respecto, Carlos Ignacio Jaramillo cita una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 1940:

“La obligación profesional del médico no es por regla general, de resultado sino de medio, o sea que el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia, y los dictados de su prudencia sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de éste” (sentencia de 5 de marzo)... (Jaramillo, 2019, pág. 341)

En este mismo tenor, Mónica Lucía Fernández refiere que la asistencia médica...

... no supone la obligación de curar al paciente, [...], la curación no depende solamente de la conducta diligente desarrollada por el médico, sino de la concurrencia de otra serie de factores. El médico, en principio, no está facultado para asegurar un determinado resultado, la curación no se puede asegurar en su totalidad, ni siquiera en aquellos eventos que corresponden a intervenciones médicas simples. [...] Por ello, desde hace varias décadas, también nuestra jurisprudencia nacional ha adoptado la *distinción entre obligaciones de medios y de resultados*... (Fernández Muñoz, 2014, pág. 54; cursiva del original)

En relación con el “acto médico”, la Clínica de la Universidad de Navarra, en su *Diccionario Médico*, lo define del siguiente modo: “... acto en que el médico actúa como profesional de la

medicina para prevenir, diagnosticar, pronosticar, tratar, etc. Su significado habitual se suele circunscribir a las actuaciones dirigidas al diagnóstico y al tratamiento de un paciente individual...” (Clínica Universitaria de Navarra, 2019).

El acto médico es un cúmulo de obligaciones que el profesional debe atender para procurar un diagnóstico y un tratamiento adecuado a su paciente. En términos simples, el acto médico puede resultar delicado, por eso se espera una actuación diligente para precautelar la salud del paciente o a mejorarla según la condición presentada.

... el acto médico es la materia prima alrededor de la cual descansará todo el juicio de responsabilidad, bien para entender que la hay o, por el contrario, para concluir que el profesional de la medicina obró conforme a Derecho, en especial con sujeción a los cánones de la *lex artis ad hoc*, marco de referencia y regulación de su ministerio... (Jaramillo, 2015, págs. 65-66)

Como se ha dicho, el médico tiene como el primer factor de responsabilidad el cumplir la tarea de garantizar la atención de salud a pacientes necesitados de servicio sanitario. Debe tenerse presente que esta obligación nace de una delegación del Estado que la debe acatar ineludiblemente. En efecto, Jaramillo, citando al Profesor de la Universidad de León, Javier Fernández Costales, afirma lo siguiente:

La obligación general y principal del médico está constituida por la prestación del “acto médico”, expresión que denota, empero, lo mismo que nosotros pretendemos transmitir con el uso específico y directo de los vocablos: “asistencia médica”, más precisos, en nuestro entender, dado que delimitan el real alcance de la prestación galénica, como se subraya inmediatamente, incluso recurriendo a la propia semántica. Tanto es así, que tan estudioso autor, enseguida, afirma que “[...] la prestación del acto médico [...] se materializa en los servicios de asistencia facultativa llevados a cabo con la debida diligencia”. Por eso, más adelante agrega que “La obligación primaria del médico es la de prestar asistencia al paciente”... (Jaramillo, 2019, pág. 252)

4.2. La *lex artis* para la definición de antijuridicidad

El segundo factor de obligaciones es el cumplimiento de la *lex artis*, que “... constituye el patrón de conductas que le es exigible, aunque no esté prevista en forma expresa en la ley, sino que emana de lo que se exige en cuanto profesional ... (Pizarro Wilson, 2018, pág. 48). La *lex*

artis es un conjunto de normas, principios y deberes que se van construyendo paulatinamente dentro de una determinada profesión. En el caso médico, son reconocidos por la jurisprudencia y también han sido recopilados en los protocolos médicos emanados del propio Estado. Un ejemplo de ello es el “Protocolo clínico para tratamiento con profilaxis de personas con hemofilia A severa sin inhibidores”, promulgado en marzo del 2015 por el Ministerio de Salud y Protección Social y el Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud (IETS).

Como parte de la *lex artis* para médicos cirujanos ante casos de atención a pacientes con trauma, se puede recurrir a programas de entrenamiento como el Apoyo Vital Avanzado en Trauma (ATLS por su sigla en inglés, *Advanced Trauma Life Support*):

ATLS fue desarrollado por el Comité de Trauma (COT) del Colegio Estadounidense de Cirujanos (ACS) y se introdujo por primera vez en los Estados Unidos y en el extranjero en 1980. Sus cursos brindan un método seguro y confiable para el tratamiento inmediato de pacientes lesionados. El curso enseña cómo evaluar la condición de un paciente, resucitarlo y estabilizarlo, y determinar si sus necesidades exceden la capacidad de una instalación. También cubre cómo organizar la transferencia entre hospitales de un paciente y garantizar que se brinde una atención óptima durante todo el proceso. (American College of Surgeons, 2020)

Recurriendo al Derecho comparado, Carlos Pizarro Wilson, al tratar sobre la *lex artis* en el criterio judicial de Chile, cita un fallo de la Corte Suprema de ese país:

“La *legis artis* ha emergido como referente o módulo de comparación para determinar la existencia de la vinculación normativa, tipicidad u obligación a la cual debe responder el médico al desempeñar su profesión. Como módulo de comparación, tiene su explicación en el hecho que la responsabilidad se genera por el incumplimiento de las obligaciones que redundan en un resultado dañoso y, en el evento que se estime que ese daño no es producto de un actuar reprochable, debe establecerse que la actuación se ajustó a la *lex artis*; 13º) Que las acciones de salud corresponde sean desarrolladas conforme a la *Lex Artis Médica*, que constituye el parámetro de comparación de la actividad desplegada por los médicos, caracterizada como una obligación de prevención, asistencia, diligencia, cuidado y garantía del respectivo facultativo. A lo anterior se añade, como patrón de comparación, que dicha prestación se realice en los términos exigidos para un profesional médico promedio, que se eleva cuando se está ante un especialista, puesto que en este caso se evalúa como un especialista promedio. En todas las acciones de salud en que toma parte, su conducta se valora desde un punto de vista de un profesional o especialista prudente, diligente, perito en su especialidad y que actúa observando los reglamentos que le son exigibles, teniendo presente las circunstancias del caso, especialmente de tiempo y lugar. La valoración en abstracto de la culpabilidad se encamina a una variable con ribetes concretos, con lo cual se las conjuga para obtener una decisión más justa”.

(Pizarro Wilson, 2018, págs. 48-49, con cita a Corte Suprema "Wagemann Morales con Vidal García-Huidobro", 28/1/2011)

La *lex artis* constituye un parámetro de valoración de la actividad del galeno en la ejecución del acto médico. Dada su importancia, permite apreciar la práctica profesional desde el punto de vista del cuidado y de la pericia del médico. Bajo sus criterios de aplicación, es posible determinar el grado de responsabilidad del profesional frente al hecho de reproche.

Entonces, la *lex artis* no sólo es un barómetro para valorar y medir el grado de cuidado y experiencia del profesional en el acto médico. También sirve como criterio de exigibilidad del ejercicio practicado y sometido a revisión jurídica. Adicionalmente, como señaló la Sala de Casación Civil de Corte Suprema de Justicia de Colombia, la *lex artis* es un mecanismo para determinar la antijuridicidad de la conducta del galeno. Así, en la sentencia SC711-2017 dictada por el Magistrado Ponente Luis Armando Tolosa Villabona, en el radicado No. 05001-31-03-012-2006-00234-01, la Sala afirmó:

En estas lides, cuando ha existido lesión, y simultáneamente se demuestra negligencia en el facultativo, debe hallarse un baremo o límite, el cual se halla en la normalidad que demanda la *Lex Artis*, a fin de disponer cuando fuere del caso lo consecuente con el extremo pasivo, y determinar el momento en que se incursiona definitivamente en el daño antijurídico.

El criterio de normalidad está ínsito en la *lex artis*, y permite inferir ese carácter antijurídico cuando supera ese criterio, cuando la lesión excede el parámetro de normalidad, en cuanto en todo momento el médico debe actuar con la diligencia debida. En consecuencia, se exige por parte del demandante o del paciente afectado que demuestre en definitiva, tanto la lesión, como la imprudencia del facultativo en la pericia, en tanto constituye infracción de la idoneidad ordinaria o del criterio de la normalidad previsto en la *Lex Artis*, las pautas de la ciencia, de la ley o del reglamento médico. (Antijuridicidad *lex artis*, 2017)

Desde un enfoque jurídico, resulta difícil e insuficiente regular el acto médico a partir de mandatos y prohibiciones previstas por la ley como fuentes originarias de la obligación del médico. Además, debe reconocerse que el ejercicio en materia de salud está en permanente evolución, lo que hace imposible al legislador normar todos los procedimientos. Tanta es la dificultad de prever un tratamiento que depende de las variantes de cada caso y paciente. En vista de las complejidades

propias del ejercicio médico, la *lex artis* debe ser la que establezca los parámetros de cuidados y diligencia. Lo planteado hasta aquí significa que es la *lex artis* la que determina la antijuridicidad del acto médico y la responsabilidad civil o penal del practicante.

CAPÍTULO VI

EL INCUMPLIMIENTO DEL SERVICIO MÉDICO

El servicio médico puede ser incumplido con consecuencias para el profesional, el centro hospitalario y el Estado, aun cuando la prestación fuese realizada por un ente privado o particular. Bajo este entendido, la responsabilidad puede llegar a ser civil, administrativa o penal, según el daño producido en el paciente.

1. RESPONSABILIDAD CIVIL

En términos generales, la relación profesional por la que nace un acto médico proviene de un contrato que genera derechos y obligaciones para las partes. Como quedó señalado, la excepción se da cuando el médico atiende a un paciente que no puede prestar su consentimiento y que no tiene a nadie que lo haga por él. En tales casos, debe actuar según su mejor criterio para que el paciente recobre su salud.

En cambio, ante una situación de emergencia, la obligación del galeno es estabilizar al paciente para sacarlo de la situación de peligro. Igualmente, esta obligación permanece aun si no ha prestado garantías suficientes de pago por los servicios requeridos y nadie lo ha hecho por él. La Corte Constitucional, en sentencia T-760 de 2008, que trata sobre el derecho fundamental a la salud, considero lo siguiente:

... un sistema de tarifas para la prestación de todos los servicios de salud en el cual se contemplen tarifas incluso para la atención básica, por mínimas que éstas sean, es inconstitucional, en la medida en que la Constitución Política obliga al legislador a reconocer “*una atención básica gratuita*” del servicio de salud (art. 49, CP). Esta decisión fue reiterada posteriormente por la Corte, al evaluar la constitucionalidad del sistema tarifario contemplado por la Ley 1122 de 2007, el cual se consideró ajustado a la Constitución, en la medida que no excluye la definición de servicios “*gratuitos*” en atención básica... (Derecho a la salud, 2008, pág. párrafo 4.1.5)

Con relación al derecho de atención oportuna, la Corte dispuso que la prestación de servicios de salud debe darse en un tiempo apropiado libre de trámites burocráticos o administrativos excesivos. En la misma sentencia, dentro del párrafo segundo del numeral 4.4.6.3, la Corte sostuvo:

... la jurisprudencia constitucional ha garantizado el derecho a acceder a los servicios de salud, libre de obstáculos burocráticos y administrativos. Así, por ejemplo, cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una administración diligente, una EPS demora un tratamiento médico al cual la persona tiene derecho, viola el derecho a la salud de ésta. Los trámites burocráticos y administrativos que demoran irrazonablemente el acceso a un servicio de salud al que tienen derecho, irrespetan el derecho a la salud de las personas... (Derecho a la salud, 2008)

La demora en la atención a pacientes en estado de emergencia puede significar la pérdida de oportunidad: "... es la frustración de una ventaja futura o beneficio futuro que por acción o culpa del demandado, se privó a la víctima de posibilidad y probabilidades de obtener esa ganancia esperada..." (Obando Obando, 2016, pág. 31). Sobre la pérdida de oportunidad en materia médica, Santiago Obando afirma que se trata de "... la frustración de esperanzas de curación, mejoría y bienestar que padece un paciente por omisiones del médico o de la institución de salud [...]" (2016, pág. 59).

Por su parte, Javier Tamayo Jaramillo, al referirse a la teoría de la pérdida de oportunidad, afirma que "... mientras no aparezca la prueba de la imposibilidad de ese nexo causal, es indudable que el demandante tenía alguna probabilidad, así sea imposible de establecer, de no sufrir el daño o de obtener el beneficio..." (Tamayo Jaramillo, 2007, pág. 287).

En la práctica de medicina, dificultosa *per se*, la demostración del nexo causal del hecho con el daño puede ser arbitraria bajo la teoría de la condición *sine qua non*. Afortunadamente, en el ámbito civil también se aplica la teoría de la causalidad adecuada. Parecería que ésta es la más justa en relación con la teoría de la equivalencia de las condiciones, la cual sostiene que todas las

causas son fuente del resultado. Este aperturismo ilimitado hace de esta teoría una fuente de interpretación excesiva que puede conducir a criterios injustos.

2. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

La responsabilidad del Estado por falla en la prestación de servicios médicos nace a partir del mandato constitucional del artículo 94. En consonancia, no solamente se declara a la salud como un servicio público; también se garantiza a todas las personas el acceso a su protección y recuperación. Un factor destacable es que el Estado asume el cargo de establecer las políticas para la prestación de entidades privadas, con el compromiso de ejercer su vigilancia y control. Asimismo, el artículo 90 de la Constitución obliga al Estado a responder patrimonialmente por los daños antijurídicos imputables, causados por acción u omisión de las autoridades públicas.

En este punto, cabe aclarar qué se entiende por “autoridades públicas”. Son servidores públicos quienes están considerados en el artículo 123 de la Carta fundamental. A su vez, el artículo primero del Código Contencioso Administrativo, derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011, enumeraba las autoridades sobre las cuales tiene aplicación dicho código. Esta ley entró en vigencia el 2 de julio de 2012. Entre estas autoridades estaban las entidades privadas cuando se encontraban en cumplimiento de funciones administrativas. El actual artículo 2 de la vigente ley establece que se consideran servidores públicos los particulares que cumplen funciones administrativas y que serán reconocidos como autoridades.

El artículo 2 del mismo Código Contencioso Administrativo, derogado por el artículo 309 de la ley 1437 de 2011, definía las funciones administrativas: “... la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada

prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley”.

La vigente ley no mantiene la misma redacción, por lo que ha quedado un vacío en la delimitación de actividades abarcadas como función administrativa. Sin embargo, el Estado es responsable extracottractualmente por el ejercicio de una entidad privada o un médico particular autorizado a prestar servicios de salud. Esta autorización nace del mandato del artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, que faculta la prestación cuando se suscribe un contrato con el Estado. En otras palabras, el Estado es responsable cuando el daño causado es consecuencia de esta función de delegación y es antijurídico e imputable al privado.

Por consiguiente, es indudable que el médico particular en función de un contrato con el Estado asume una calidad administrativa que lo asemeja a una autoridad pública. Por lo tanto, su ejercicio obliga al Estado a responder por sus actuaciones dañosas ejecutadas contra los usuarios del servicio de salud. En tal virtud, los médicos que actúen a nombre del Estado y provoquen daños a sus pacientes tendrán responsabilidad administrativa. Las normas jurídicas que respaldan esa postura son la ley precitada y las generales de responsabilidad civil.

Llegado a este punto, se entiende por qué en Colombia el Consejo de Estado genera más doctrina y jurisprudencia que la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia sobre este tema. Incluso lo hace sin ser el juzgador natural en razón de la materia. Si así fuese, sería evidente que la Sala de lo Civil tendría que ser la que resolviera estas controversias sobre responsabilidad de daños. Sin embargo, el Estado es el titular monopólico de la salud pública:

... para que el Estado esté obligado a responder por daños particulares debe hacerse un juicio de imputación para la atribución de responsabilidad, consistente en primera medida en la relación o vínculo causal existente entre el daño padecido por la víctima y la acción u omisión estatal, posteriormente viene el juicio calificativo de antijuridicidad del daño.

Es así que para que el Estado responda patrimonialmente debe existir una relación de causalidad, no meramente natural sino también producto de la imputación jurídica que hace el juez administrativo al momento de indilgar el deber estatal indemnizatorio... (Obando Obando, 2015, pág. 124)

En este orden de ideas, la obligación resarcitoria del Estado debe provenir de un daño antijurídico y de una relación de causalidad entre éste y el acto generador del perjuicio. Como quedó señalado en la responsabilidad civil, es en esta materia donde deben desarrollarse las teorías sobre responsabilidad médica, no obstante el origen de la responsabilidad estatal aquí estudiada:

... la responsabilidad del Estado tiene su basamento constitucional en el daño antijurídico, que se produce cuando hay lugar a lesión o menoscabo del bien jurídico o del derecho del cual es titular una persona y la consecuente imputación jurídica del mismo a la autoridad estatal ... (Matera Ramos, 2018, pág. 67)

En conclusión, por tener el Estado el monopolio de la salud, sólo al Consejo de Estado le corresponde juzgar la mala práctica médica en casos de responsabilidad civil. Por el contrario, no sucede lo mismo en Derecho penal, en términos generales, cuando se trata sobre la responsabilidad de los participantes en un acto médico.

3. RESPONSABILIDAD PENAL EN COLOMBIA POR FALTA DE ATENCIÓN A PACIENTES EN ESTADO DE EMERGENCIA

3.1. El ordenamiento jurídico penal de Colombia

El artículo 95, numeral 2, de la Constitución de Colombia prescribe que es deber de las personas y ciudadanos “[o]brar conforme al principio de solidaridad, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o salud de las personas”. La relevancia de esta norma surge porque de ella procede el nacimiento del principio de solidaridad. Acorde a esta directriz estaría el deber de acción referente a la ley penal, que –como se conoce– impone una prohibición de omisión. En síntesis, esto quiere decir que en supuestos específicos la ley impone una exigencia de actuar para evitar un resultado condenable y no deseado. Ahora bien, la

obligación de solidaridad únicamente se refiere a dos bienes jurídicos en situación de peligro: la vida y la salud.

La Corte Constitucional ha entendido que la calidad de vida de un individuo depende del acceso y cobertura a la salud que pueda llegar a tener:

... implica que se le asegure a las personas, tanto individual como colectivamente, las condiciones necesarias para lograr y mantener el “más alto nivel posible de salud física y mental”. Para ello, sin duda alguna, es necesario prever desde el punto legal y regulatorio condiciones de acceso en todas sus facetas, desde la promoción y la prevención, pasando por el diagnóstico y el tratamiento, hasta la rehabilitación y la paliación. Por esta razón, se ha dicho que el acceso integral a un régimen amplio de coberturas es lo que finalmente permite que se garantice a los individuos y las comunidades la mejor calidad de vida posible... (Derecho a la salud, 2015)

En resumen, la Constitución ordena a sus destinatarios actuar ante eventos que puedan poner en riesgo la calidad de vida de los ciudadanos. Debe entenderse que la salud no sólo es el acceso a una atención médica oportuna. También implica el derecho a cohabitar en un medioambiente sano, por ejemplo, con buena calidad de aire, agua potable, etcétera. Además, es el derecho a recibir atención preventiva, curativa o paliativa, de control, de rehabilitación. Es decir, comprende todo el ciclo precurativo, curativo y postcurativo. En cualquier caso, se debe respetar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por ejemplo, no realizar transfusiones de sangre prohibidas por creencias religiosas, o asistir a un enfermo terminal a desconectar las máquinas que lo mantienen con vida.

El artículo 25 del Código Penal colombiano, que trata sobre la acción y la omisión como formas de conducta, acoge el mandato constitucional de solidaridad. El artículo 9 del mismo Código refiere que, para que sea punible, una conducta debe ser típica, antijurídica y culpable. La doctrina penal de Colombia, por medio de Fernando Velásquez Velásquez, manifiesta lo siguiente:

... en el lenguaje jurídico penal, se utilizan como sinónimas las voces *acto*, *hecho*, *conducta* e incluso *acción*; en esta sede se habla de *conducta*, no solo por tratarse de la locución más precisa en lengua española, sino porque es la empleada por la ley en el artículo 9º del Código Penal; por ello, se alude

a la *teoría de la conducta*, que debe ser distinguida con cuidado de la *teoría del delito* o de la *conducta punible* [...]

Así mismo, si se armoniza la disposición citada con el artículo 25, inciso 1º, *ibidem*, se entienden *acción* y *omisión* como subformas de *conducta* (normas prohibitivas): matar, hurtar, falsificar, etc., que solo pueden realizarse cuando se llevan a cabo *acciones*; y manda o prescribe el cumplimiento de otras (normas preceptivas): respetar la vida humana, prestar ayuda al herido, denunciar el hecho delictivo de que se tiene conocimiento, las que solo pueden realizarse mediante *omisión*... (Velásquez Velásquez, 2017, págs. 315-316)

La conducta presenta dos formas distintas de actuar, un hacer y un no hacer; es decir, una acción y una omisión. En este punto, Velásquez Velásquez formula la siguiente diferenciación:

... la expresión “conducta” designa la forma de actuar del ser humano o el comportamiento por él observado; o, el modo como los hombres gobiernan su vida y dirigen sus acciones. Desde luego, existen dos maneras de comportarse: una, si se lleva a cabo un hacer, mediante el ejercicio de una potencia (acción); otra, si se deja de hacer una cosa, absteniéndose de hacer o de decir (omisión)... (Velásquez Velásquez, 2017, págs. 314-315)

El artículo 25 del Código Penal de Colombia impone la obligación jurídica de evitar un resultado típico a quien tenga la posibilidad de impedirlo. Si deja de cumplir el mandato de acción, quedará sujeto a la pena contemplada en el respectivo tipo penal. Además, la misma norma establece una obligación especial a quien tenga a su cargo el cuidado de un bien jurídico protegido. Igual responsabilidad tendrá aquel que se encuentre como garante de la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución y a la ley. Entonces, la norma penal establece que cuando hay un mandato de prohibición el sujeto debe abstenerse de actuar, es decir, que tiene el deber de no realizar la acción típica. En cambio, si la norma impone una conducta de actuar, el sujeto debe abstenerse de omitir el cumplimiento de la acción ordenada; aquí, al contrario del mandato de prohibición, el agente debe actuar proactivamente para impedir la comisión de resultados no aprobados por la ley. En ese sentido, Juan Fernández Carrasquilla expresa que “... la omisión consiste, pues, en un no intervenir en el mundo y por este medio participar en la no modificación del curso de los sucesos, cuando una norma imponía intervenir y participar en tal modificación...” (Fernández Carrasquilla, 2012, pág. 241).

El régimen penal colombiano reconoce dos formas de conducta omisiva. La primera es la omisión propia, por la que “... a la persona se le sanciona porque, pudiendo actuar no lo hace, sin consideraciones de ninguna naturaleza distinta a esta” (Solórzano Garavito, 2016, pág. 188). La segunda es la omisión impropia o comisión por omisión:

... quien los realiza es sujeto activo cualificado, que tiene un deber de garante de impedir que se produzca el resultado, y en este si como consecuencia de no cumplir con el deber específico de impedir el resultado este se produce, el garante responderá por la producción... (Solórzano Garavito, 2016, pág. 189)

El mismo artículo 25 del Código Penal de Colombia determina las cuasales por las que se puede adquirir la condición de garante:

1. Cuando asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico.

3.1.1. Delito de omisión propia

En los delitos de omisión propia, el sujeto incumple una obligación de actuar sin encontrarse en situación de garante. Es decir, que violenta una norma de deber porque, al hallarse en la posibilidad de hacer una acción de salvamento para guardar socorro a una persona necesitada, no la hace:

... el deber de actuar surge, en el plano objetivo, de la presencia de una situación típica (persona desamparada y en peligro manifiesto y grave) que exige una intervención. La no prestación de una intervención (no socorrer) determina el cumplimiento de los elementos objetivos del tipo de injusto de ese delito omisivo, al que suelen añadirse otros elementos que delimitan el ámbito de exigencia (poder hacerlo sin riesgo propio o de terceros)... (Muñoz Conde, 2004, págs. 25-26)

El artículo 131 del Código Penal de Colombia sanciona la conducta omisiva de socorro, de modo que incurre en esta infracción quien omitiere, sin justa causa, ayudar a una persona cuya

vida o salud se encuentra en grave peligro. Es decir, para su verificación no es necesario la ocurrencia de un resultado; basta la sola omisión de ayuda. Entonces, esta infracción es de mera actividad.

Con relación al sujeto activo, se trata de cualquier persona que, en condición de prestar ayuda a quien lo necesite, no se la provee. Otro rasgo característico es que no puede ser garante del bien jurídico puesto en grave peligro. En cambio, el sujeto pasivo es una persona cuya vida o salud se encuentra amenazada por una situación semejante. Sobre el concepto de “peligro”, Francisco Muñoz Conde afirma lo siguiente:

... debe entenderse la probabilidad de que se produzca un determinado resultado; generalmente un resultado perjudicial para la vida o la integridad corporal. El peligro ha de ser manifiesto, es decir, que debe ser perceptible y cognoscible para la generalidad de los hombres [...]. El peligro tiene que ser objetivamente actual... (Muñoz Conde, 2009, pág. 308)

Conviene subrayar que el Código Penal colombiano no establece como elemento normativo del tipo que el peligro verse sobre la integridad corporal. Sólo alude a la vida o salud de la persona. La Corte Constitucional entendió que “salud” es todo aquello que garantice a la comunidad o a las personas la mejor calidad de vida posible; así está establecido *ut supra*. Por consiguiente, también incurre en esta infracción la persona que no asista a otra cuya integridad corporal esté en peligro por constituir un riesgo sobre la salud.

Además del elemento normativo de peligro, el Código adiciona que también sea grave. Entonces, el peligro sobre la vida o salud de la persona debe ser grave. Por el adjetivo “grave” se entiende “... la índole del mal que se cierne sobre el sujeto, como del grado de probabilidad e inminencia...” (Muñoz Conde, 2009, pág. 308).

Desde el punto de vista subjetivo, el delito de omisión de socorro es doloso. Es causal de juridicidad de la conducta faltar al mandato de acción si media una “justa causa”. Por ello, no hay

comisión del delito si la persona que no prestó ayuda al desvalido lo hizo porque su vida habría corrido peligro. Por “justa causa”, el Tribunal Superior de Medellín, con cita a la sentencia T-502 del 21 de agosto de 1992 de la Corte Constitucional, entiende lo siguiente:

... “todo acontecimiento previsto en la ley, o existente fuera de ella, que extingue los deberes, imposibilita su cumplimiento o los excusa temporalmente, y cuya realización desintegra el tipo penal.

También es justa causa el hecho o circunstancia grave que se hace presente en el obligado para dificultarle la satisfacción de sus compromisos a pesar de que no quiere actuar de esa manera.

La justicia de la causa es determinación razonable, explicable, aceptable y hace desaparecer la incriminación, cualquiera fuera su origen o la oportunidad de su ocurrencia”. (Justa causa, 2017, pág. 26)

En conclusión, el delito de omisión de socorro no exige un sujeto activo calificado, ni el sujeto pasivo debe serlo. En términos más claros, cualquier persona puede ser autor o víctima para esta infracción. La única posibilidad de excusa que tiene la persona obligada a dar asistencia es una “justa causa”, la cual existe cuando hay un acontecimiento previsto en la ley o fuera de ella como señala la sentencia, cuyo efecto es volver legal la omisión cometida.

3.1.2. Delitos de omisión impropia o de acción por omisión

A diferencia de la omisión impropia o comisión por omisión, la orden de actuar se dirige a ciertas personas que asumen una condición de garantes sobre bienes jurídicos determinados. Conviene aclarar que los sujetos-garantes están en la obligación de precautelar los bienes jurídicos establecidos en la ley, a fin de que no se realice el resultado prohibido.

El artículo 25 del Código Penal colombiano establece:

La conducta punible puede ser realizada por acción u omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo lleve a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en el respectivo tipo penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

Los numerales 1º, 2º, 3º y 4º sólo se tendrán en cuenta en relaciones con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales...

La condición de garante declarada por la ley sobre ciertas personas y situaciones se refiere al cumplimiento de determinados deberes especiales que tienen que ser acatados. Diego-Manuel Luzón Peña sostiene que “por ello Nagler, en 1938, ya los definió como ‘posición de garante’ o ‘deber de garante’” (Luzón Peña, 2016, pág. 904).

... la doctrina penal alemana mayoritaria ha defendido que si ante un peligro de producirse por causas ajenas naturales o humanas un resultado lesivo como muerte, lesiones, incendio, daños, etc., existe, no un deber ético o jurídico general de auxilio, sino un deber especial de evitación de ese resultado, o sea un deber de garantía derivado de una posición de garante, cuando éste omita impedir el resultado responderá no de una omisión propia, sino que se le imputará el resultado, responderá del mismo en comisión por omisión, dolosa o en su caso imprudente. (Luzón Peña, 2016, págs. 905-906)

El delito de comisión por omisión es un delito de resultado. No está expresamente regulado por la ley penal y su consumación es entendida como un delito de acción. Entonces, si se realiza una conducta semejante, al autor se lo sanciona en la forma positiva del acto como si hubiese cumplido la descripción prohibitiva de la norma penal. Al respecto, Juan Carlos Ferré Olivé, Miguel Ángel Núñez Paz y Paulina Andrade Ramírez Barbosa plantean que “[e]n el delito impropio de omisión, el resultado se imputa al garante que no ha evitado su producción, igual que si lo hubiese ocasionado mediante un hacer positivo” (Ferré Olivé, Núñez Paz, & Ramírez Barbosa, 2011, pág. 266).

La aparente falta de tipicidad de los delitos de omisión impropia ha sido objeto de debates doctrinales respecto del cumplimiento con el principio de legalidad. Es cierto que las figuras de la

comisión por omisión no están prescritas de forma negativa en los códigos como sí lo están los delitos de acción. Sin embargo, muchos códigos como el colombiano tienen una cláusula de equivalencia que equipara la conducta omisiva del garante como si hubiese cometido la infracción en forma positiva. Es así que el Código colombiano incorpora dicha cláusula en su artículo 25, y de esa forma soluciona el problema surgido. Sobre este tema particular, Juan Fernández Carrasquilla afirma:

... dicha norma prescribe que los delitos de comisión por omisión tienen el carácter de delitos especiales –delitos de infracción de deber altamente personalizados– ya que sólo pueden ser cometidos por autores muy calificados, entendiendo aquí por tales aquellos sobre quienes recae un especialísimo e intenso deber jurídico de evitar el resultado, de tal manera que la omisión del cumplimiento de este deber aparece social y jurídicamente como equivalente a la producción activa del resultado típico... (Fernández Carrasquilla, 2012, pág. 248)

Pese a que el tipo penal de comisión por omisión no se encuentra tipificado en la ley como una conducta individual, igual mantiene los elementos comunes de las prescripciones penales: objetivo y subjetivo. El elemento objetivo está conformado por el garante o la posición de garante, el resultado y la posibilidad de evitación del resultado. Por su parte, el elemento subjetivo está conformado sólo por el dolo.

3.2. El garante o la posición de garante

Según la doctrina y la ley, especialmente el artículo 25 del Código Penal, el sujeto activo del delito de omisión impropia sólo puede ser un sujeto calificado. En otras palabras, es autor quien cumple las circunstancias legales especiales que le otorgan el deber de vigilancia y cuidado de un bien jurídico. A esta persona se la cataloga como “el garante” y, por tanto, es el custodio de los bienes jurídicos: vida, integridad personal, libertad individual, y libertad y formación sexuales. Muchos de los bienes jurídicos descritos en el mentado artículo 25 tienen estrecha vinculación con el derecho fundamental de la salud. Tanto es así que la vida, la integridad física e incluso la libertad

y formación sexuales son considerados como derechos conexos. Los derechos fundamentales, por lo general, surgen de un mandato constitucional. Así lo recoge también la doctrina europea: “... en la terminología jurídica arraigada en España y en algunos otros países europeos (Alemania, Italia, etc.) la expresión ‘derechos fundamentales’ designa los derechos garantizados por la Constitución...” (Díez-Picazo, 2013, pág. 30).

En Colombia, los derechos fundamentales están contemplados dentro de los artículos 11 a 41 de la Constitución, entre los cuales no se encuentra el derecho a la salud. Así que, bajo el criterio citado, éste no sería un derecho fundamental. Sin embargo, debe recordarse, como está referido *ut supra*, que por resolución de la Corte Constitucional dicho derecho, inicialmente, fue reconocido como conexo a la vida, integridad, etcétera. Finalmente, se lo catalogó como fundamental en la Ley Estatutaria 1751 de 2015 en virtud de la atribución contenida en el numeral 2 del artículo 152 de la Constitución. Por esta autorización de la norma indicada, el Congreso de la República está facultado para regular derechos y deberes fundamentales por medio de las leyes estatutarias. De esta forma quedó comprendido que la salud no sólo es un derecho fundamental autónomo, sino que por la conexidad con el derecho a la vida también es compartido. De ahí que debe ser entendido en dos categorías: como salud individual y salud pública.

El derecho a la salud individual es el que importa para este trabajo, por lo que es preciso distinguirlo del de salud pública. Gonzalo Quintero Olivares y Jordi Jaria I Manzano destacan que inicialmente fue comprendido como...

... ligado a la higiene pública y, posteriormente, al consumo masivo de productos que, por cualquier razón, pueden ser nocivos para la salud de un número indeterminado de ciudadanos, por una parte, y, por otra, al control sobre el impacto que sobre la salud colectiva pueden tener determinados factores, como epidemias, contagios masivos, infecciones, etc. (Quintero Olivares & Jaria I Manzano, 2015, pág. 475)

Teniendo en cuenta que la salud individual es la que afecta a una persona determinada, Olivares y Jaria afirman lo siguiente:

... las agresiones a la salud individual, en principio, se tratan penalmente como delitos de homicidio y lesiones, excepcionalmente pueden ser tratados como delitos de peligro, como en el caso de delitos ambientales o contra la salud pública o en enfermedades catastróficas... (2015, pág. 475)

En consecuencia, el derecho fundamental a la salud como el de vida e integridad no queda sólo en el texto de una sentencia o de una ley estatutaria. En rigor, cuando se afecta uno, también se atenta contra los otros y viceversa, es decir, que se los puede percibir materialmente.

3.2.1. Teorías que justifican la posición de garante

Las teorías que fundamentan la posición de garante son básicamente dos: la tradicional y la teoría de las funciones. La tradicional, denominada “teoría de las fuentes formales” o “teoría formal de la posición de garante”, sostiene que la obligación nace de la ley, el contrato y la injerencia. Al referirse a la injerencia, Carlos Solórzano Garavito sostiene que ésta se presenta “... en la medida en que el agente crea una situación antijurídica de riesgo para el bien jurídico tutelado, lo cual posibilita que se le imputen los resultados dañosos...” (Solórzano Garavito, 2016, pág. 195). Además de las fuentes indicadas, Fernando Velásquez Velásquez agrega a esta lista la “asunción de hecho y las relaciones de lealtad” (2017, pág. 423).

La teoría de las funciones, formulada por Armin Kaufmann y ampliamente aceptada en Alemania, tiene su explicación en “... que fundamenta la posición de garante en la relación funcional *materialmente* existente entre el sujeto y el bien jurídico” (Mir Puig, 2009, pág. 318), de la que se dividen a los garantes de protección y los de vigilancia. Esta teoría dejó prácticamente sin vigencia a la anterior, porque es más amplia y abarca a las fuentes normales de la teoría formal de la posición de garante.

Bajo la teoría de las funciones, se desprenden dos ramificaciones que buscan la protección del bien jurídico desde dos ubicaciones diferentes: por un lado, en los garantes de protección y, por el otro, en los garantes de vigilancia o de aseguramiento:

Los garantes de protección son aquellos sujetos cuya función es proteger determinado bien jurídico de los riesgos, por naturaleza indeterminados, que puedan ser afectados. Por su parte, los garantes de vigilancia son entendidos [...] como aquellos sujetos o garantes cuya misión es evitar que una determinada fuente de peligro que está a su cargo afecte bienes jurídicos que puedan estar en contacto... (Balmaceda Hoyos, 2015, pág. 175)

A continuación se explican cada una de estas teorías.

3.2.1.a. Deberes atinentes a los garantes de protección

Ciertas personas, por su condición social, asumen un deber de cuidado más exigente que otras. Sus obligaciones son impedir que sucedan resultados típicos sobre los sujetos que se encuentran bajo su protección. Por consiguiente, hay tres formas de adquirir este deber de protección: 1) por una comunidad estrecha de vida o familiar, 2) por una intervención voluntaria del que asume el cargo y 3) cuando existe una comunidad de peligros.

El primero de estos deberes corresponde a la unión familiar o estrecha relación vital. Aquí se encarga el cuidado de los bienes jurídicos sobre personas que deben vigilancia o mutuo cuidado, tal como lo sostiene Sólórzano Garavito. En este grupo se encuentran aquellas personas que están sujetas a una relación-vínculo familiar. Por ejemplo, la obligación que tienen los padres respecto de la vida, salud e integridad física de sus hijos; también entre cónyuges o convivientes en unión de hecho. Esta obligación también puede aplicarse a una unión que ha generado una dependencia en términos sociales, no laborales, y también donde hay una obligación natural de cuidado y convivencia que debe ser protegida por quienes adoptan el compromiso de mutuo respeto y ayuda recíproca (Solórzano Garavito, Derecho penal y responsabilidad médica en Colombia, 2016).

El segundo grupo de deberes, acorde a las enseñanzas de Francisco Muñoz Conde, corresponde a la “... aceptación voluntaria de específicas funciones protectoras, que se dan sobre todo en el ámbito de la medicina (servicios de urgencia, por ejemplo)...” (Muñoz Conde, 2004, pág. 28). También se da cuando una persona asume, voluntariamente o por mandato contractual, el cuidado de otra. En esta eventualidad, el obligado debe precautelar la indemnidad del bien jurídico en custodia hasta que el riesgo o el encargo concluya. Por ejemplo, quien comanda una aeronave es garante de la seguridad de los pasajeros por el tiempo que ellos permanezcan dentro del avión. De mismo modo, lo es quien se hace cargo del cuidado de los niños hasta que ellos vuelven a estar bajo la guarda de sus padres.

El tercer grupo es el denominado “comunidad de riesgo o peligro”. Su planteamiento consiste en que la situación de garantía proviene de actividades realizadas en equipo, sobre todo para la práctica de deportes colectivos considerados de riesgos. A causa de la interacción grupal, sus integrantes se deben mutuo auxilio; además deben confiar en el cumplimiento de la tarea individual que les corresponde, mucho más en una emergencia. Entonces, cada participante del grupo es garante de los bienes jurídicos de los demás miembros.

De lo explicado aquí se desprende el principio de confianza que, en términos de Sólórzano Garavito, consiste en...

... el criterio de imputación objetiva en virtud del cual cada persona debe hacer lo que le corresponde y confiar que el otro hará lo que le corresponde, que trasladando a los casos de comunidad de riesgo, implica que en una situación de emergencia que se pueda presentar, el uno confía que el otro lo va a ayudar y por ende el otro esperará el mismo comportamiento... (Sólórzano Garavito, 2016, pág. 197)

El principio de confianza mencionado también se aplica, como se ha señalado, en actividades peligrosas tales como la relación del médico con la enfermera durante un procedimiento quirúrgico delicado.

3.2.1.b. Deberes atinentes a los garantes de vigilancia o garantes de aseguramiento

Juan Fernández Carrasquilla se refiere al deber de vigilancia:

... si el sujeto debe cuidar todo un plexo de bienes jurídicos contra determinadas fuentes de peligro. También estas obligaciones especiales de vigilancia y defensa pueden provenir de la ley o del contrato y, como se ha dicho, excepcionalmente también de la “injerencia” o acción precedente iniciada (que por garantía habría de concluirse) y que nuestra ley toma en consideración únicamente cuando crea una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico... (Fernández Carrasquilla, 2012, pág. 259)

A los garantes de vigilancia o de aseguramiento les corresponde cuidar el bien jurídico que han puesto en peligro, con culpa o sin ella, con inminente resultado típico. Por lo tanto, tienen la obligación de controlar el riesgo para impedir la producción de una lesión. Esto es lo que la doctrina ha llamado “injerencia o actuar precedente”.

Otra de las fuentes de peligro reconocida es la responsabilidad que tiene una persona por los males causados por quien está bajo su deber de vigilancia. De esa relación resulta que el vigilante tiene una posición de garante que le hace responsable de lo que su vigilado realice. Sin embargo, esto no es absoluto. El deber de vigilancia y prevención de resultados típicos debe limitarse a la fuente específica de riesgo que puede representar el tercero. En otras palabras, el deber de cuidado se restringe sólo sobre aquello que constiuye un riesgo. Sobre este punto, Santiago Mir Puig refiere que “... para que rijan los principios derivados del deber de control de una fuente de peligro es preciso, por de pronto, que el deber de vigilancia abarque, en particular, la obligación de controlar una específica peligrosidad que encierra el vigilado...” (Mir Puig, 2009, pág. 329). Entonces, se entiende que el deber de vigilancia sobre el sujeto de riesgo es para controlar el peligro que representa para terceros o para él mismo. Por ello, asume la posición de garante para impedir la producción del resultado típico o evitarlo en la medida de lo posible.

Debe advertirse que, al no existir una relación de causalidad en los delitos de omisión, sus resultados son valorados en virtud de la imputación objetiva, que es causalidad normativa. Ergo, si pese a los esfuerzos de control del riesgo, el hecho se consuma, no puede haber imputación ni culpabilidad del garante. Se entiende que hizo todo lo esperado como vigilante del sujeto protegido para impedir el resultado. No obstante la acción desplegada por el garante para evitar el resultado, como si su acto aminorase el riesgo sin disminuirlo por completo, igualmente sobre él puede configurarse una tentativa. Al contrario, si la persona no era garante del bien jurídico protegido, difícilmente existiría una infracción de deber. En tal virtud, no podría responder penalmente para falta de tipo penal, a menos que se plantease uno que lo sancione por omisión propia.

El último factor de riesgo es el deber de control de fuentes de peligro que operan bajo el dominio del garante. Así, por ejemplo, el propietario de un perro bravo que escapó de su casa y atacó a una persona en la calle es responsable del bien jurídico afectado. El numeral 2 del artículo 32 del Código Penal colombiano señala que “no habrá lugar a responsabilidad penal cuando: [...] 2. Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos que pueda disponer del mismo”. Esto significa que no habrá antijuridicidad en el acto realizado por el médico siempre que el daño causado fuese conocido y consentido por el paciente. Sin embargo, no es igual si la lesión es causada por un acto peligroso del que se constituyó en garante del bien jurídico no disponible para su titular, por ejemplo, en una operación de riesgo donde fallece el paciente porque no se ha cumplido el deber de cuidado al no haberse seguido el procedimiento establecido por la *lex artis*.

3.3. El problema del funcionalismo radical de Jakobs en la teoría de Colombia

Según Günther Jakobs, el Derecho Penal nace del correcto funcionamiento de la sociedad y no como un problema del comportamiento humano atendido desde el individualismo interno de la persona. Es decir, el sustento del derecho no está en la conducta del sujeto desde el concepto de acción, sino que parte de la función de la pena. Este autor no entiende al castigo como la imposición de un mal por el mal causado, sino como la reafirmación de la norma y la vigencia de la confianza en el derecho. Entonces, para Jakobs la pena tiene como fin demostrar la efectividad del derecho desde la teoría de la prevención general positiva y no la rehabilitación del infractor: "... la pena tiene lugar para ejercitar en la confianza hacia la norma [...] y para desplegar un ejercicio de fidelidad al derecho" (Jakobs, 1997, pág. 18). Con este planteamiento se entiende que una infracción desplegada por medio de una conducta humana es una contradicción a la norma y la pena es la réplica a esa contradicción. De esa forma, la sanción al contradictor consiste en la ratificación de la vigencia de la norma y la fidelidad del derecho. Por lo tanto, bajo el sistema de Jakobs, el ser humano es un instrumento de la norma. Si éste la incumple, el sistema se recupera mediante su reafirmación con la aplicación de la pena. En tal sentido, el objeto del derecho es la organización social constituida por normas y no el ser humano.

El cambio de paradigma también se dirige al bien jurídico, que pasa a ser reemplazado por el interés de la sociedad según los mandamientos normativos. Entonces, este interés viene a ser el cumplimiento de los mandatos y las prohibiciones, dejando atrás la protección de la persona y sus bienes. Con este cambio conceptual, se busca armonizar el orden social con el sistema establecido.

Jakobs encuentra que el Derecho Penal está configurado para ayudar a mantener la armonía social y afirmar la garantía normativa. Esta garantía, para él, debe denominarse "bien jurídico penal", un nuevo concepto que hace suponer que el Derecho Penal garantizará la vigencia de las

expectativas ante una defraudación normativa. Esto significa que el bien jurídico es el cumplimiento de la ley en el ámbito del orden establecido. Por consiguiente, los bienes individuales como la vida, la salud y la integridad, entre otros, dejarían de tener finalidad por no ser objeto de protección. Entonces, para Jakobs el objeto o la función del bien jurídico ya no sería el...

... acto de valorización realizado por la persona (que no necesita protección penal), sino de la posibilidad de que una persona realice sus intereses. La posibilidad asignada a una persona, referida a ella, consistente en el uso y disfrute de una situación valorada positivamente: eso es el bien jurídico... (Jakobs, 1997, pág. 51)

Lo explicado significa que el cumplimiento de la norma demuestra la existencia de la confianza en el sistema y, en sentido contrario, su incumplimiento decepciona su vigencia, frente a lo cual el Derecho Penal defenderá el bien jurídico reafirmando y asegurando la expectativa que fue defraudada por su incumplimiento.

Al respecto, Diego Araque Moreno, refiriéndose a Jakobs, sostiene:

... para este autor, desde la teoría sociológica de los sistemas o funcionalista de N. [Niklas] Luhmann, el único fin del Derecho Penal, entendido como subsistema, está enfocado a la autoconservación del sistema social mediante la asignación de roles a los sujetos que integran las instituciones en los distintos ámbitos de relación... (Araque Moreno, 2016, pág. 195)

El funcionalismo radical de Jakobs creó, por un lado, un sistema de roles especiales, que consiste en que cada sujeto tiene una función específica que acatar. Los delitos que se cometen en el cumplimiento de estos roles son llamados “infracción de deberes”. Por otro lado, también se encuentra el sistema de roles generales, cuya función es no defraudar la norma. Por lo tanto, cada uno es garante de que se observen los mandatos o las prohibiciones correspondientes para no decepcionar la expectativa sistémica. Los roles especiales corresponden a...

... una determinada persona que tiene el deber de configurar junto con otras personas un mundo común, más o menos completo; este es el caso, por ejemplo, del rol de padre –los padres deben formar con los hijos una comunidad–, o del cónyuge –junto al esposo o a la esposa ha de construirse

un mundo conyugal común, o el de los servicios de asistencia en casos de emergencia— deben actuar en caso de necesidad en interés de quien está desamparado... (Jakobs, 2007, pág. 53)

A su vez, con relación al rol común, el mismo Jakobs manifiesta que “... se trata del quebrantamiento del único rol común que existe, el rol de comportarse como una persona en Derecho, es decir, el de respetar los derechos de los demás como contrapartida al ejercicio de los derechos propios” (Jakobs, 2007, pág. 54).

Como resultado de lo explicado, el rol general es el que tiene toda persona dentro de una sociedad organizada. Por su cumplimiento, el sujeto debe precautelar intereses ajenos cuando se encuentren en peligro si su actuación de socorro no implica un riesgo para él o para terceros. Además, debe hallarse en condición de prestar el auxilio necesario. En términos más sencillos, el rol general corresponde a lo revisado *ut supra* sobre delitos de omisión propia. Por otro lado, en referencia a los roles especiales, adquieren este compromiso aquellas personas sujetas a un cargo o condición que los sitúa como garantes de ciertos bienes jurídicos. Esta condición particular los coloca en situación de cometer delitos de infracción de deber. Por ende, para que una persona pueda adecuarse a esta condición, debe cumplir las prescripciones de la ley; caso contrario, sólo se está en presencia de un rol general. Por consiguiente, quien asume un rol especial es proclive a cometer delitos de omisión impropios.

Por último, en la teoría que desarrolla Jakobs los conceptos de “acción” y “omisión” son indiferentes. Se funden en uno solo dado que, al no existir el bien jurídico pues lo que se protege es la vigencia de la norma, al ciudadano le corresponde cuidar el cumplimiento de los deberes, indistintamente de la modalidad de su conducta. En resumen, y en palabras de Araque Moreno, al ciudadano le corresponde “... neutralizar los riesgos que surgen de la manera como configura su mundo...” (Araque Moreno, 2016, pág. 206), cuando éstos pueden ser individualmente evitables.

3.4. La situación del artículo 25 del Código Penal de Colombia

En general, el artículo 10 del Código penal colombiano asegura que las conductas punibles cumplen con el principio de legalidad y reserva de ley. Esto incluye a los delitos de acción y a los deberes que componen los delitos de omisión. Entonces, las normas penales deben estar tipificadas en la Constitución o la ley para ser preexistentes, estrictas y ciertas. De esa manera son conductas delimitadas y consagradas formalmente. De esto resulta que no es delito aquello que está fuera de estos presupuestos, y no sólo eso, sino que también se evitan interpretaciones extensivas.

En particular, el artículo 25 instruye sobre el cumplimiento de los deberes acerca de cuándo y cómo actuar ante una situación de peligro. En tal virtud, su segundo párrafo establece cuándo una persona queda sujeta a situación de garante: "... tenga a su cargo la protección en concreto de un bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o la ley".

Además, su párrafo tercero delimita las circunstancias por las cuales la ley constituye garantes a personas puestas en las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

Velásquez Velásquez esgrime que la fuente jurídica de posición de garante, al tenor de la norma citada, no puede ser una sola. Al contrario, está constituida por la mixtura entre la teoría formal y la teoría de las funciones o material. Por una parte, cuando es la ley la fuente constitutiva de posición de garantía, se observa un postulado de la teoría formal; por ejemplo, cuando la ley o un contrato pone a un salvavidas como garante de la vida de las personas que están dentro de una

piscina. Por otra parte, cuando la posición de garante se da en virtud del cumplimiento de una función de vigilancia, se presenta la teoría material; por ejemplo, un piloto que tiene posición de garante respecto de sus pasajeros dentro de un avión, por ser el encargado de controlar un factor de riesgo.

Sobre la injerencia, como causal de garantía contenida en el numeral cuatro del artículo 25, nace como una obligación de fuente formal, tal como lo define también Solórzano Garavito (2011). Sin embargo, también es cierto que la fuente material abarca más consideraciones de imposición de situación de garante, que incluye a la misma injerencia. Sin embargo, el origen natural de esta fuente de riesgo sigue siendo la teoría formal y así se debería reconocer.

3.5. La situación real que vive el sistema sanitario en Colombia

En cuanto a derechos de salud, Colombia ha vivido una realidad distinta a la predicada en la Constitución y en la ley. El país ha afrontado un problema de falta de atención médica de pacientes en estado crítico. El inconveniente surgió porque los Centro de Salud a donde algunos llegaban no eran miembros de la misma Entidad Promotora de Salud (EPS) a la que el asegurado estaba afiliado. Por esa razón no eran recibidos y debían buscar servicio médico en otro lugar. Muchas veces fallecían en el camino o lo hacían mientras esperaban ser atendidos. Esto es lo que la prensa de Colombia denominó “el paseo de la muerte”.

Según un reporte del diario *El Espectador* del 16 de febrero del 2015, el ex presidente Juan Manuel Santos firmó la Ley Estatutaria que consagró a la salud como un derecho fundamental. La idea de esta ley era que ningún centro de salud ni funcionario perteneciente al sistema pueda negar el acceso a un usuario en situación de emergencia. Además de otros intereses, con esta medida se buscaba terminar con el denominado “paseo de la muerte”.

Otro reporte de *El Espectador* del 17 de julio de 2017, titulado “Familia de mujer de 28 años denuncia nuevo caso de ‘paseo de la muerte’ en Bogotá”, refiere lo siguiente:

... tras padecer un aparente cuadro de intoxicación decidieron trasladarla hasta un centro médico ubicado en la carrera 68 con calle 14; sin embargo, allí le habrían negado la atención debido a un supuesto plan tortuga emprendido por el personal médico, así como por estar afiliada a la EPS Cafesalud. Ante ello, la familia optó por desplazarse hasta un centro médico en el barrio Policarpa, en el centro de la ciudad. Durante el trayecto, denuncia el hermano de la víctima, la mujer falleció... (El Espectador, 2017)

Una noticia obtenida de Caracol Radio, titulada “El ‘paseo de la muerte’ ya deja 89 víctimas durante 2018, informó que “... mientras en el 2017 la Superintendencia de Salud recibió 54 casos, entre los meses de enero a agosto, en este mismo período, ya van 89 denuncias por el denominado ‘paseo de la muerte’” (Caracol Radio, 2018). En esta noticia se desprende un cuadro comparativo de casos relacionados con “el paseo de la muerte” referido a eventos por departamentos. El resultado obtenido fue que entre enero y diciembre del 2017 se reportaron 73 casos, y entre enero y agosto del 2018 fueron 89; sumados, representan 162. Esta información, según la misma noticia, fue obtenida en la base de datos SNS 2017 y 2018.

El 16 de mayo de 2018 *El Espectador* publicó la noticia titulada “Proyecto de ley busca penalizar el ‘paseo de la muerte’”: “La Procuraduría y la Contraloría presentaron una iniciativa que buscaba imponer penas y sanciones disciplinarias a quienes se nieguen a prestar servicios de salud” (El Espectador, 2018).

El Abogado Marco Tulio Gutiérrez, en su artículo de opinión publicado en la revista *Semana*, del 19 de agosto de 2018, da cuenta del problema. En ese sentido, refiere que los operadores de las EPS deben entender que la salud es un derecho fundamental absoluto y que, “mientras no lo entiendan así, continuarán las muertes de pacientes que tienen que pasearse de clínica en clínica rogando una atención para sanar sus enfermedades” (Gutiérrez, 2018).

4. POSIBLE TIPIFICACIÓN DEL COMPORTAMIENTO DE NO ATENCIÓN A PACIENTES QUE SE ENCUENTRAN EN ESTADO DE EMERGENCIA

Sin revisar la perinencia de la tipificación del comportamiento de falta de atención a pacientes en emergencia, motivo del siguiente capítulo de este trabajo, la conducta podría ser delimitada como *La persona que en virtud o en razón de su cargo en un centro médico hospitalario, esté en la obligación de prestar o hacer que se preste un servicio de salud a un paciente que se encuentra en estado de emergencia y se le niegue la prestación requerida, será sancionado con la pena de...*

La descripción propuesta busca situar a las personas que tienen a su cargo la tarea de asegurar la atención a pacientes en estado de emergencia. De esta manera, no se limitaría la calificación del sujeto activo a la figura del médico de turno, sino que se extendería hacia los administradores del centro hospitalario. Estos funcionarios, muchas veces, son quienes aceptan o niegan la atención médica a enfermos en emergencia en cumplimiento de las normas internas de la clínica. Bajo esta lógica, los administrativos asumirían responsabilidad por dejar de atender a pacientes en emergencia si no hubo cumplimiento previo de los procedimientos administrativos de ingresos. En varias oportunidades, como las aludidas, este tipo de decisiones son el óbice para que el enfermo no reciba la atención de salud que necesita. Además, los médicos son quienes por su situación natural están obligados a atender a los pacientes si se encuentran en el ejercicio de su profesión, es decir, si están de turno en el centro hospitalario. Las excepciones de atención a pacientes en emergencia se encuentran en el Código de Ética revisado *ut supra*.

En consecuencia, un médico de turno que recibe a un paciente en emergencia tiene la obligación de estabilizarlo y sacarlo del peligro, aun si no es especialista en la causa de la enfermedad concreta. Evidentemente, si ese médico en cumplimiento de su obligación obtiene un

resultado desfavorable, no se lo puede hacer penalmente responsable. La razón está en la aplicación del principio de especialidad y del cumplimiento al deber objetivo de cuidado. Si la actuación del galeno estuvo dentro de los márgenes de exigencia posible en el campo de su *expertise* y conocimientos, no es lícito pedirle más de lo que sabe.

En la propuesta se hace uso del término “servicio de salud” en lugar de “servicio médico” porque es más amplio. La atención al paciente no siempre debe darse con la presencia del médico. El personal administrativo o auxiliar de medicina pueden intervenir autorizándolo y tomando las medidas correspondientes para la adecuada prestación médica que el facultativo deberá realizar. Asimismo, si se usa el término “limitativo”, podría entenderse únicamente al servicio que el galeno debe brindar a través del acto médico. Esta restricción podría excluir cualquier intervención previa, simultánea o posterior que no sea la relación entre el facultativo y el paciente. Por consiguiente, el servicio de salud no abarcaría la prestación del personal auxiliar y administrativo en el ámbito de sus competencias.

El tipo propuesto se trata de un delito de omisión doloso. Negar la prestación del servicio de salud cuando se tiene el deber de hacerlo no puede ser un acto de negligencia. Se entendería que hay un incumplimiento deliberado si el profesional no provee la atención al paciente sabiendo que debe hacerlo o debiendo saberlo en razón del ejercicio de su cargo.

5. REFLEXIONES PARCIALES

De lo revisado en este capítulo, se observa que en Colombia se reconoce a la salud como un Derecho Fundamental. Esta importante acreditación se obtuvo mediante debates acerca de su concepto en la Constitución y por los pronunciamientos de la Corte Constitucional hasta la expedición de la Ley Estatutaria. Colombia posee una normativa regulatoria sanitaria extensa y

sumamente protectora de los derechos a la vida y salud, lo que es una garantía ante una emergencia médica. La ley que contiene al Código de Ética médico es muy valiosa. Su importancia radica en que regula lo que puede o no hacer el facultativo frente al acto médico con pacientes de emergencia, incluso para la imposición de las sanciones correspondientes.

El sistema extrapenal de Colombia tiene un desarrollo considerable. La responsabilidad civil y administrativa es explícita y abundante; tanto es así que hay una rica cantidad de jurisprudencia que da muestra de ello. Por esta razón, muchos de los problemas de mala práctica médica pueden ser solucionados por esas vías sin necesidad de la injerencia del poder punitivo del Estado. En otras palabras, en aplicación de los principios de subsidiariedad y Derecho Penal fragmentario, el sistema extrapenal puede lidiar con los inconvenientes de falta de atención a pacientes en emergencia.

A pesar de la riqueza extrapenal señalada, el desarrollo de la legislación criminal de Colombia sobre los delitos de omisión y de omisión impropia también es sobresaliente. La posición de garante, elemento necesario de la imputación objetiva, habilita que el médico pueda ser responsable penalmente por infracciones de deber. Así, la legislación penal puede acudir al auxilio de las otras ramas del Derecho, cuando el daño al bien jurídico protegido del paciente lo amerite.

El avance doctrinario da muestra del elevado grado de intelectualidad al que ha llegado el desarrollo del Derecho colombiano. Sin embargo, no es viable la adopción de las teorías del funcionalismo sistémico de Jakobs porque no se acoplan al sistema penal de ese país. El bien jurídico sigue siendo la columna vertebral de la teoría del delito, por lo que no es posible adoptar la posición de la defraudación de la norma como elemento reemplazante. Mientras la legislatura reconozca al interés jurídico penalmente tutelable, no es idóneo referirse a la defraudación de la norma o la expectativa del comportamiento según los roles como su sustituto. Por ello, es

incorrecto tratar de usar argumentos tomados de la doctrina de Jakobs para buscar imponer sanciones a personas que han defraudado la expectativa normativa incumpliendo un rol organizacional.

Muestra de ello es lo ocurrido en torno a la irrupción paramilitar en el municipio de Mapiripán en el departamento del Meta. Entre el 15 y el 20 de julio de 1997 ocurrió la denominada “Masacre de Mapiripán”, que costó la vida de unas 49 personas, víctimas de acciones paramilitares no impedidas por las autoridades militares a cargo de la seguridad de la zona afectada. Unos años después, la Corte Constitucional de Colombia juzgó la competencia del Juez natural por acción de tutela instaurada por Nory Giraldo de Jaramillo contra la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Aunque la sentencia SU-1184 del 13 de noviembre de 2001, emanada de la Corte Constitucional, quizás haya sido adecuada, los criterios utilizados para fundamentarla no fueron completamente acertados, dado que se priorizó el criterio de defraudación de la norma no contemplado en la legislación colombiana, por sobre otros sí contemplados, como la condición de garante frente al bien jurídico protegido “vida”. Esta sentencia significaría una aplicación incorrecta de la norma penal porque trajo a consideración otros principios ajenos al ordenamiento jurídico, en una clara interpretación extensiva del Derecho Penal.

CAPÍTULO VII

TIPIFICACIÓN DE LA CONDUCTA DE NO ASISTENCIA MÉDICA A PACIENTES EN ESTADO DE EMERGENCIA. ¿NECESIDAD O POPULISMO PENAL?

1. POLÍTICA CRIMINAL Y EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Luis María Díez-Picazo, tomando el concepto de Luigi Ferrajoli, define a los derechos fundamentales como “... aquellos derechos que, en un ordenamiento dado, se reconocen a todas las personas –o, en su caso, sólo a todos los ciudadanos– por el mero hecho de serlo...” (Díez-Picazo, 2013, pág. 30). Lo importante de esta definición es el reconocimiento de derechos de carácter universal que corresponden al individuo como persona por el solo hecho de pertenecer al género humano. Así es como los bienes jurídicos existen para garantizar la convivencia del ser humano en sociedad, su subsistencia y su propia protección frente a los abusos estatales.

El reconocimiento a los derechos fundamentales marca la partida de la política criminal asumida por el Estado. Por esa razón, Claus Roxin sostiene lo siguiente:

El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante políticocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo... (Roxin, 2008, pág. 55)

La Constitución de Colombia recoge y reconoce los derechos fundamentales como la vida, la salud y otros como bienes jurídicos dentro del ordenamiento interno. En consecuencia, la Carta fundamental es la que marca la ruta de los medios de protección del individuo dentro de este sistema de derechos y garantías adoptado por el Estado colombiano. En razón de este reconocimiento, el principal titular de protección es el ser humano. Por lo tanto, en

correspondencia con la política criminal adoptada por el Estado en función de la protección asumida, el orden penal debería ser el último eslabón de su cadena. Esta condición será siempre necesaria cuando se trate de la defensa de los intereses más vulnerables a los que el ordenamiento jurídico extrapenal no puede custodiar.

2. POLÍTICA CRIMINAL Y LA FUNCIÓN DE PROTECCIÓN QUE CUMPLEN LOS BIENES JURÍDICOS

SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Roxin fue quien que reintrodujo la necesidad de considerar la política criminal como un factor decisivo del Derecho Penal. Afirmó que el Derecho Penal y la política criminal deben estar completamente compenetrados. En tal sentido, Juan Bustos Ramírez afirma lo siguiente:

... con todo esto se pone de manifiesto que el camino acertado sólo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas político-criminales en el sistema de Derecho Penal, en que su fundamentación legal, su claridad y legitimación, su combinación libre de contradicciones y sus efectos no estén por debajo de las aportaciones del sistema positivista formal proveniente de Von Liszt... (Bustos Ramírez, 2005, p 215)

Como había señalado Roxin, las funciones de la política criminal no sólo se limitan a identificar conductas punibles que tienen sus límites en el principio de *nullum crimen sine lege*. Sino que convergen otros también importantes que constituyen el límite al *ius puniendi*. Adicionalmente, dan motivo a la existencia de las penas que constituyen el sentido final del Derecho Penal. Estos principios son los siguientes:

... legalidad de los delitos, penas y medidas de seguridad, de protección exclusivamente de bienes jurídicos, los de subsidiariedad, *ultima ratio* y carácter fragmentario del Derecho Penal, el de eficacia e idoneidad, los de proporcionalidad, responsabilidad subjetiva y culpabilidad, o los de humanidad y resocialización y, en todo caso, el respeto de las exigencias constitucionales... (Luzón Peña, 2016, pág. 32)

También son parte del fundamento de la política criminal, y así lo considera Diego-Manuel Luzón Peña, "... los fines de las penas y medidas de seguridad, es decir, las exigencias de

prevención general y especial y la relación entre ambas ...” (2016, pág. 32). Por ende, no es intención de la política criminal la imposición indiscriminada de penas, ni la implementación de tipos penales por doquier. Para que el legislador pueda encontrar los motivos que justifiquen la tipificación de conductas penales y “... la elaboración de dogmática, animando, orientando o confirmando, [...] las categorías sistemáticas y tendencias interpretativas” (2016, pág. 33), debe respetar los principios, valores constitucionales y tratados internacionales. Sólo de esta forma el Estado constitucional de Derecho podría garantizar un sistema punitivo democrático.

En tal virtud, dentro de un contexto político-criminal de Derecho Penal mínimo o de *ultima ratio*, el sistema jurídico debe encontrar los mecanismos idóneos y necesarios para prevenir delitos. Del mismo modo, a través de estos instrumentos, se justifica el ejercicio punitivo estatal. Entonces, al Estado le corresponde adoptar los correctivos necesarios para evitar la comisión de infracciones penales, procurando una sociedad pacífica y segura para todos. A fin de cumplir esta intención, la gente necesita educación adecuada, acceso a la salud, fuentes de trabajo, entre otros bienes que les faculden el libre desarrollo de su personalidad.

En cumplimiento a este acoplamiento de Derecho Penal con la política criminal, es imprescindible salir del esquema impuesto por Hans Kelsen, en el que la “... Constitución fija los órganos y procedimientos de creación normativa, no su contenido ...” (Vélez-Rodríguez, 2016, pág. 38). La estructura piramidal que organiza el ordenamiento jurídico interno se mantendrá ineludiblemente. Sin embargo, la diferencia que debe marcarse está en la función de los derechos fundamentales, que son los que determinan el orden legal de cada país. Así que cualquier norma contraria a esa estructura sería violatoria a los valores establecidos; esto significa que, desde un enfoque político-criminal, no deberían ser acatadas por reñir con el concepto de orden justo previsto en la Constitución. Entonces, podría decirse que los bienes jurídicos tienen la función de

proteger los derechos fundamentales desde su condición jerárquica superior que se expande hacia todo el ordenamiento jurídico interno. Cuando se encuentra necesario, por razones de política-criminal, llegar hasta los predios del Derecho Penal, recién ahí “... los bienes jurídicos pasan a ser considerados bienes jurídicos penalmente tutelados” (Zaffaroni, 2002, pág. 384).

En la Constitución de Colombia de 1991 prevalecen los valores y principios como derechos fundamentales. Ahí están contenidas las garantías básicas de protección al individuo. En definitiva, bajo los principios de subsidiariedad y Derecho Penal fragmentario o de *ultima ratio* –postulados de política-criminal–, el Derecho Penal es el recurso final para proteger bienes jurídicos.

3. EL EXPANSIONISMO DEL DERECHO PENAL: DERECHO PENAL SIMBÓLICO

Actualmente el Derecho Penal presenta una crisis de expansionismo que altera los principios del garantismo y del Derecho Penal liberal al contraponerse con los postulados de un Derecho Penal mínimo. Al vivir en una sociedad de riesgo, la demanda por la protección jurídica se ve aumentada y la paranoia social exige mayor rigurosidad en la aplicación del derecho punitivo. Al menos, ese es el mensaje que llega de los medios de comunicación, que son un actor importante en la representación del sentimiento colectivo. Entonces, por un lado, resulta más sencillo acudir al remedio del Derecho Penal y, por otro, es la oportunidad para los actores políticos de asegurar resultados electorales y popularidad. Con todo, para obtener estos fines es útil el manejo del discurso sobre el incremento de conductas punibles o de las penas ya existentes. De esa manera se presenta una aparente respuesta eficaz a las demandas colectivas, pero se convierte al Derecho Penal en volátil y peligroso. De esta sensación de desconfianza e inseguridad nace el Derecho Penal del enemigo:

... el juego conjunto de estos factores explica la tendencia del parlamento a responder a la legítima demanda de mayor seguridad mediante la creación de delitos y el incremento de las escalas punitivas,

generando así el conocido y mundialmente extendido proceso de “inflación penal”... (Orsi, 2007, pág. 7)

Marcelo Alfredo Riquert se refiere al actual devenir del Derecho Penal moderno y para hacerlo se apoya en Manuel Cancio Meliá, quien “[r]esume la evolución actual del Derecho penal material y procesal, como tendiente en el horizonte político-criminal a un ‘Derecho penal de la puesta en riesgo’ de características antiliberales...” (Riquert, 2007, pág. 48). Cuando el autor se refiere al Derecho Penal de la puesta en riesgo, alude a “... la ‘criminalización en el estadio previo’ a lesiones de bienes jurídicos ...” (2007, pág. 48). En otras palabras, se refiere al adelantamiento de la pena considerando la peligrosidad del sujeto en una etapa anterior al hecho delictivo. Es decir, sancionándolo por sus condiciones y no por el acto realizado. El adelantamiento del sistema punitivo es una característica del llamado “Derecho Penal del enemigo”. Sus componentes son, precisamente, el Derecho Penal simbólico y el resurgir del punitivismo. En otras palabras, el expansionismo del Derecho Penal.

El Derecho Penal simbólico es el mecanismo neocriminalizador del legislador con el que responde a la sensación de inseguridad que aparentan tener los ciudadanos. Para corresponder a esa impresión de intranquilidad, se recurre al incremento de los tipos penales o a las penas previstas en las normas existentes, “... sustituyendo la protección de los bienes jurídicos por la ilusión de seguridad, de sentimiento de confianza en el ordenamiento jurídico y en las instituciones, pero evidentemente destinadas a no ser aplicadas” (Riquert, 2007, págs. 48-49).

Por otra parte, está el incremento del punitivismo que es todavía más peligroso que el uso del derecho penal simbólico. En este segundo se legisla para pretender satisfacer la necesidad ciudadana de seguridad. En el primero se lo hace para satisfacerla efectivamente. Para ello se aumentan las penas a medidas desproporcionadas y se permite la restricción de derechos y

garantías. En otras palabras, es el regreso a un sistema penal máximo que se entendía superado. En opinión de Cancio Meliá, según lo recoge Riquet, “... estas dos líneas de evolución ‘la simbólica’ y la ‘punitivista’, constituyen el linaje del llamado ‘Derecho penal del enemigo’ (2007, pág. 51).

Cuando el legislador busca dar protección a determinados bienes por medio del Derecho Penal, debe cuidar que su intencionalidad sea la de crear un bien jurídico penal tutelado. Para hacerlo debe entender qué es lo que busca proteger. En otras palabras, tiene que saber que es un bien jurídico y para ello Juarez E. X. Tavares lo reconoce “... como un valor de la persona humana de carácter universal, material o ideal, pero real, que no depende, para su existencia y esencia de cualquier relación funcional” (Tavares, 2004, pág. 67). En este caso, “[e]l concepto de función debe partir de la idea de que toda función tiene siempre una característica de instrumentalidad y de dependencia respecto de otro objeto” (2004, pág. 56). Esto significa que, cuando se criminaliza una conducta con el fin de obtener una utilidad dependiente de otros factores, impidiéndole subsistir por sí sola, es utilizada en función simbólica. Por ejemplo, tipificar como conducta penal el incremento al precio oficial de la leche. Con esta medida se consigue que el ganadero tenga la sensación de seguridad de que no se va a vender el litro a un valor superior al autorizado. Pero esta conducta no protege ningún bien jurídico, por lo que depende de los factores económicos sociales para su subsistencia como la cantidad de leche que ingresa al mercado.

Bajo ese supuesto, el Derecho Penal estaría siendo objeto de una funcionalidad radicada en la sensación de inseguridad dependiente de las noticias que provocan ese sentimiento. Mientras dure el malestar, se sostendrá que existe una verdadera protección a un bien jurídico; ahora bien, lo cierto es que hay una función utilitarista en beneficio exclusivo de medios de comunicación y de la clase política. Por lo tanto, no puede hablarse de la existencia de un bien jurídico bajo tutela

porque no cumple con la característica de universalidad y autonomía que lo caracteriza: “[l]a ausencia de carácter de universalidad de esas funciones y su esencia meramente informativa, demuestran su elemento simbólico y su clara distinción del concepto de bien jurídico” (Tavares, 2004, pág. 63).

Por su parte, Luis A. Vélez-Rodríguez se refiere a la situación legislativa penal de Colombia:

... la legislación penal está marcada por una constante y creciente deriva punitiva [...] la sensación de inseguridad que se vive en las ciudades, alentada por un discurso alarmista por parte de los medios de comunicación masiva y de diversos actores políticos, así como la desinformación que sufre la ciudadanía en general respecto de la realidad delictiva y las formas de abordarla, se traducen en una demanda cada vez mayor de acciones concretas y eficaces para reprimir la delincuencia... (Vélez-Rodríguez, 2016, pág. 75)

CAPÍTULO VIII

EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO Y LA TIPIFICACIÓN DE LA CONDUCTA DE FALTA DE ATENCIÓN A PACIENTES EN ESTADO DE EMERGENCIA

1. CONDUCTAS PENALES TIPIFICADAS EN EL CÓDIGO PENAL DE COLOMBIA Y SU RELACIÓN CON EL “PASEO DE LA MUERTE”

La sociedad ha presentado cambios sustanciales en su comportamiento que se han observado, también, en el Derecho:

... en las últimas décadas se ha producido una transformación regresiva bastante notoria en el campo de la llamada *política criminal* o, más precisamente, *política penal*, pues del debate entre políticas abolicionistas y reduccionistas se pasó, casi sin solución de continuidad, a debatir la expansión del poder punitivo, con lo cual el tema del *enemigo de la sociedad* pasó a primer plano de la discusión... (Zaffaroni, 2006, pág. 22)

El sistema de política criminal de Colombia optó por un modelo garantista en el marco del Derecho Constitucional, pero la realidad es que “... el deterioro del discurso garantista en el contexto de un Estado débil o fracturado como el colombiano, podría significar a su vez el del modelo del Estado constitucional de Derecho...” (Sotomayor Acosta, 2009, pág. 286). Lo cierto es que la situación colombiana no se diferencia de la realidad mundial. Al contrario de la discusión dogmática, Colombia parece haberse adelantado al discurso expansionista del Derecho penal sin que la academia extranjera se dé cuenta de ello.

... hablar, entonces, entre nosotros del derecho penal del enemigo, supone necesariamente tener en cuenta, en primer lugar la guerra y en segundo lugar, que Colombia es un Estado que no ha podido concentrar el monopolio de la fuerza y varios actores sociales concurren con él, a conformar el orden. Este escrito busca llamar la atención sobre algunos momentos de nuestra historia, para resaltar que prácticas del derecho penal del enemigo, aún más radicales y siniestras que las que propone el profesor *Jakobs* recientemente, han tenido lugar en Colombia, desde hace mucho tiempo... (González Zapata, 2009, pág. 135)

Como señala Juan Orberto Sotomayor Acosta, el repunte punitivista de la legislación de Colombia tiene una razón distinta de la política-criminal, pues responde a consideraciones diferentes a las de una política criminal que justifique el incremento de penas o la limitación de garantías penales.

Debe reconocerse que en Colombia también se presenta con claridad un fenómeno de endurecimiento punitivo y limitación de garantías penales, aunque por causas muy diferentes a las que explican el surgimiento de dicha tendencia en los países desarrollados, pues no son el resultado del desmonte de un Estado de Bienestar impensable en un país como Colombia, ni tampoco como respuesta a un aumento real de la criminalidad, mucho menos a un aumento de confianza en el sistema penal y ni siquiera a una política orientada realmente a un mayor control de la delincuencia... (Sotomayor Acosta, 2009, págs. 284-285)

Este autor considera que parte de las razones para la presencia de este incremento punitivo y de privación de garantías se debe a lo siguiente:

... 2) Utilización del derecho penal con fines políticos y muy particularmente como instrumento de la lucha contrainsurgente; basta mirar las penas previstas para delitos como el terrorismo, secuestro, extorsión, concierto para delinquir, etc., para darse cuenta de que no se trata de figuras concebidas para controlar la criminalidad común sino para enfrentar punitivamente al enemigo, con las particularidades propias de la situación comombiana. 3) Finalmente, en el país también se está dando un tipo de legislación que parece contener algunos rasgos de los que suele denominarse “populismo punitivo”... (Sotomayor Acosta, 2009, pág. 285)

Una vez evidenciada la realidad punitiva colombiana, es prudente verificar si se justifica la tipificación de una conducta que sancione la falta de atención a pacientes en emergencia. Para cumplir tal propósito, el mismo ordenamiento jurídico será el que formule la respuesta sobre la base de la propia legislación vigente. Es decir, que la regulación jurídica actual establecerá los parámetros que permitan llegar a deducir si se encuentran protegidos los bienes jurídicos que podrían estar en riesgo.

La modalidad de la conducta estudiada correspondería a un delito de infracción de deber por tratarse de una omisión impropia. Además, el dolo debería ser el elemento subjetivo que forme el tipo penal. Por lo tanto, se trataría de una comisión por omisión dolosa o, como lo refiere Roxin,

de una acción entendida como una manifestación de la personalidad que puede ser activa u omisiva. En consecuencia, bajo el concepto de dolo que utiliza el artículo 22 del Código Penal de Colombia, no existe posibilidad de argumentar la falta de intención de causar daño. La adecuación del dolo se da por el conocimiento de los elementos objetivos del tipo que no dejan espacio a esgrimir la inexistencia del elemento subjetivo. Mucho menos cuando se puede aplicar al campo del dolo indirecto o al del eventual. Por consiguiente, una conducta culposa sería difícil de considerar.

Así las cosas, la salud, la vida, la integridad física o emocional comprenderían los bienes tutelados por el tipo de omisión por falta de atención a pacientes en estado de emergencia, a pesar de que ya se encuentran protegidos por las conductas tipificadas en los artículos 103 y 111 del Código Penal, que corresponden a las figuras de homicidio y lesiones, respectivamente. El verdadero problema radica en el momento de la consumación y la protección jurídica que se pretende obtener. En ese sentido, para que opere el sistema punitivo se debería consumir la lesión prohibida. Pero, para el caso de estudio, sería necesario el adelantamiento de las barreras punitivas a fin de sancionar la conducta peligrosa como delito consumado, porque no puede existir un resultado típico. Conviene aclarar que este anticipo constituye una de las formas de expansionismo del Derecho Penal, cuya práctica se busca limitar a través del garantismo.

La solución al problema planteado no debería encontrarse en el Derecho Penal. La legislación administrativa y civil ofrecen suficientes mecanismos legales para impedir la falta de atención a pacientes en emergencia. De modo tal que, con una correcta aplicación de las normas civiles y especialmente administrativas, podrían evitarse más casos del “paseo de la muerte”. En suma, desde un punto de vista político-criminal, la aplicación adecuada de las normas de salud debería ser suficiente para que pacientes en emergencia reciban la atención médica

correspondiente. Pese a todo, siempre es posible otro caso de “paseo de la muerte”, lo que tampoco justificaría tipificar una conducta como la estudiada, porque sería constituir un tipo penal simbólico.

La solución al inconveniente surgido estaría en el uso de la “teoría de la tentativa”, definida por Juan Fernández Carrasquilla:

... el comienzo ejecutivo de la lesividad típica de la conducta para el bien jurídico, la postura de una condición adecuada del resultado típico que no llega, sin embargo, a ser suficiente para producirlo por la interposición de una contra serie causal debida al azar o la obra de un tercero... (Fernández Carrasquilla, 2012, pág. 745)

En ese sentido, en casos similares se debería aplicar el artículo 27 del Código Penal de Colombia, ya que, aplicando la tentativa, se llegaría al mismo punto de partida que si estuviese la conducta de falta de atención a pacientes en emergencia. Dicho de otra forma, en el escenario de los hechos sucedería exactamente lo mismo: hay un principio de ejecución que pone en riesgo un bien jurídico y la reacción del Estado sería similar ante una tentativa o un delito de peligro. Por esta misma razón, Fernández Carrasquilla considera que “... la tentativa es la puesta en peligro inmediata de los bienes jurídicos cuando los actos idóneos son capaces de invadir la esfera jurídica del sujeto pasivo” (2012, pág. 763). Además, esgrime que en la tentativa el injusto no es la sola peligrosidad de la acción, como un delito de peligro abstracto, sino que es el “... peligro efectivamente corrido por el bien jurídico y apreciado sobre todo con un criterio imparcial *ex post...*” (2012, pág. 763).

Es probable que, en cualquiera de las situaciones referidas, el Estado deba impedir la consumación del delito mediante su intervención al momento de la falta de atención, en flagrancia. Pero también podría suceder que se interrumpiese el proceso consumativo si un tercero evita el resultado. En todo caso, lo que se busca es imposibilitar un delito de lesión.

En consecuencia, la tentativa se justifica porque el agente que tiene el deber de cuidado sobre el paciente en emergencia conoce que su obligación es estabilizarlo. Sin embargo, incumple sus deberes deliberadamente o deja al azar el resultado, y el daño que se buscaba reprimir se presenta en la forma no querida. Sea por muerte o lesión, se incurre en fase de tentativa cuando el garante no impide la lesión del bien jurídico. Evidentemente, la tentativa, en los delitos de comisión por omisión, puede darse “... cuando el resultado es evitado por un tercero, o por el azar, contra la voluntad del garante...” (2012, pág. 770). De forma hipotética, podría afirmarse que, si la conducta fuera la falta de atención al paciente en emergencia, los resultados serían los mismos.

Fernando Velásquez Velásquez, al tratar sobre la tentativa, refiere que para establecer la idoneidad del acto el estudioso debe, por un lado, “... determinar si en la situación concreta la acción ejecutada fue suficiente para el logro de la consumación de la conducta típica, acorde con el bien jurídico objeto de tutela...” (Velásquez Velásquez, 2017, pág. 619). Por otro lado, serán inequívocos a la consumación de la infracción “... si, en la situación concreta –sin que haya lugar a dudas o a conjeturas–, el acto cuya ejecución ha comenzado se dirige a la consumación de las exigencias típicas...” (2017, pág. 619). En conclusión, cabe la tentativa si estos actos idóneos e inequívocos a la consumación del delito son interrumpidos por la intervención de un tercero o por el azar.

Con lo expuesto, se intenta demostrar que el tratamiento procesal en ambos casos es similar. Necesariamente debe existir la intervención de una tercera persona que impida la consumación de la muerte o lesiones del paciente para que no se trate de un delito de resultado. La tentativa cubre la expectativa de protección de los bienes jurídicos en riesgo igual que la conducta propuesta. A lo que debe adicionarse que, inclusive, la pena de la tentativa sería superior a la de la consumación del delito de peligro. Así, en función preventiva de la pena y de Derecho Penal máximo, la sanción

de la tentativa cumpliría mejor la prevención general y retribución justa del artículo 4 del Código penal. Ergo, no es justificable tipificar el delito de falta de atención a pacientes en emergencia.

Adicionalmente, para la conducta en estudio, se requeriría la actuación oportuna de los agentes estatales, quienes deberían aprehender al garante en el momento del inicio de la omisión de sus deberes. Esto significa que, si se da la lesión típica, el Estado debería procesar al garante por el delito consumado y no por el de peligro. Así las cosas, es notorio que la conducta propuesta sería simbólica, ya que es preferible sancionar la tentativa o el delito de lesión consumado. En consecuencia, al Estado le corresponde seguir la acción por el delito más grave; es evidente que éste sería la muerte o lesión del paciente y no su falta de atención en emergencia.

2. ¿LA FALTA DE ATENCIÓN A PACIENTES EN ESTADO DE EMERGENCIA PODRÍA CONSTITUIR UNA CIRCUNSTANCIA DE AGRAVACIÓN AL DELITO DE HOMICIDIO O LESIONES?

Según los artículos 9 y 10 de la Ley 65 de 1993, que contiene el Código Penitenciario y Carcelario de Colombia, la pena tiene una función protectora y preventiva. No obstante, su finalidad fundamental es la resocialización. De esto se desprende que la rehabilitación del delincuente y su reincorporación en la sociedad es la función principal de la pena y del sistema penitenciario. Por consiguiente, se deduce la aplicación de la prevención especial en favor del culpado y la prevención general hacia la sociedad. El propósito de emplear esta última función de la pena es que el colectivo social conozca que las normas penales están vigentes y se las utiliza.

Acerca de la proporcionalidad de las sanciones penales, la condena que se llegue a imponer al infractor no puede ser equivalente a la lesión ocasionada. Aceptar eso sería reconocer un sistema retributivo, en el que la imposición de la función de prevención general negativa llegaría a ser un componente vengativo ajeno al principio de justicia. Además, impediría el cumplimiento de los

fines indicados en el Código Penitenciario y Carcelario. Por eso, las penas que se impongan deben velar por la proporcionalidad entre el daño y la sanción a fin de impedir que superen la culpabilidad del autor. Juan Carlos Ferré Olivé, Miguel Ángel Núñez Paz y Paula Andrea Ramírez Barbosa afirman que las penas deben adecuarse al cumplimiento del principio de proporcionalidad. Cualquiera que sea el ilícito cometido y que supere dicho principio, estaría conculcándose la finalidad legal de la sanción: la rehabilitación.

... científicamente cualquier pena privativa de libertad que supere los 15 o 20 años altera fuertemente la personalidad del individuo y lo convierte prácticamente en un sujeto irrecuperable para la sociedad. Transcurrido ese espacio de tiempo, ya no tendrá arraigo familiar ni reinserción social efectiva, por lo que se verán disminuidas sus opciones para salir adelante alejado del delito... (Ferré Olivé, Núñez Paz, & Ramírez Barbosa, 2011, pág. 603)

El Código Penal colombiano, desde el primero de enero de 2005, sanciona el homicidio con una condena privativa de libertad que oscila entre 208 a 450 meses, lo que significa que es una sanción extrema. Por lo tanto, dadas las consideraciones de los sujetos activos del delito –en este caso, médicos profesionales–, se coligue que la imposición de una pena de esta naturaleza sería elevada. De ello se puede concluir que no se justificaría adoptar como agravante la falta de atención a pacientes en emergencia. Aceptar aquello sería ir en contra de los principios de proporcionalidad, humanización de la pena, rehabilitación e inserción social.

CONCLUSIONES

Como *conclusión general* se afirma que, desde un enfoque de política-criminal y de derecho penal liberal, no es producente tipificar como conducta punitiva la falta de asistencia médica a paciente en emergencia.

En cuanto a las *conclusiones específicas*, se destaca, en primer lugar, que el artículo 13 de la Ley No. 77 ecuatoriana, anterior a la expedición del Código Orgánico Integral Penal (COIP), contenía una conducta inadecuadamente tipificada. El principal inconveniente se encontraba en la interpretación literal de la norma relacionada con el sujeto activo calificado del delito. Su falta de claridad en la identificación del “responsable de un centro de salud” implicaba una violación al principio de seguridad jurídica. Al contrario, el artículo 218 del COIP corrigió esa falencia mediante una identificación más precisa del sujeto activo a través del uso de conceptos normativos regulados en normas extrapenales. Con este cambio de redacción, se restringió la figura causante de incertidumbre a una descripción más diáfana que no provoca interpretaciones extensivas.

En segundo lugar, se reconoce que la legislación de Ecuador no prevé ninguna ley que determine derechos y obligaciones de los médicos. Lo único rescatable, pero de poca utilidad a efectos penales, es el Acuerdo Ministerial que contiene el Código de Ética Médica. Sin embargo, al tratarse de una norma jurídica de rango inferior, no cumple con los principios de legalidad, por lo que no es fuente formal de garantía. Tampoco puede ser instrumento de interpretación, pues sería extensiva, lo cual está expresamente prohibido por la Ley.

En tercer lugar, es importante resaltar que la legislación penal ecuatoriana reconoce la responsabilidad de la persona jurídica. Al aplicarse el sistema de *numerus clausus*, los casos

punibles están expresamente previstos en los tipos penales. Un ejemplo de ello es el artículo 218 del COIP, que sanciona a la persona jurídica por la falta de atención a pacientes en estado de emergencia. A pesar de su existencia legal, debe reconocerse su incompatibilidad con la estructura dogmática que sostiene al Derecho Penal en términos generales. Dado que la acción versa sobre una conducta humana, el principio de culpabilidad exige la demostración de dolo o culpa del agente. Por esa razón, las empresas no deberían ser imputables, porque no pueden soportar un juicio subjetivo de responsabilidad. En consecuencia, la única manera de reconocerles culpabilidad es por responsabilidad objetiva.

En cuarto lugar, se concluye que el sistema civil y administrativo colombiano presenta una evolución importante en materia de responsabilidad por errores médicos. Esto ha quedado demostrado con las sentencias indemnizatorias impuestas por la justicia extrapenal. De esa manera, está comprobado que los bienes jurídicos en riesgo pueden estar bien cuidados sin necesidad de la injerencia del sistema penal. En definitiva, sería excesivo tipificar la conducta revisada en el Código Penal de Colombia. A su vez, si la protección extrapenal es insuficiente para cuidar los bienes jurídicos identificados en esta tesis, Colombia dispone de los delitos de omisión propios o impropios. Por su intermedio se pueden satisfacer las necesidades de seguridad ciudadana sin tener que adicionar el tipo penal de falta de atención a pacientes en estado de emergencia. El problema de quienes han fallecido en el “corredor de la muerte” no reside en el Derecho Penal sino en la falta de aplicación de normas administrativas. Es de conocimiento público que estas disposiciones legales obligan a la atención de pacientes en emergencia, sin discriminación alguna.

En quinto lugar, hay que destacar que el sistema penal colombiano, por mandato constitucional, debería ser liberal y garantista. En contraste, mantiene una tendencia histórica a la aplicación de un Derecho Penal máximo. Esta es otra razón adicional por la que no debería

tipificarse conducta de la falta de atención a pacientes en estado de emergencia. Debe siempre recordarse que, por política-criminal, el principio de seguridad abarca el subprincipio de subsidiariedad, que exige lesividad, es decir, un daño que no pueda ser protegido por el sistema extrapenal.

Las conclusiones llevan a plantear que el Derecho Penal es de *ultima ratio* debido a dos consideraciones fundamentales. Por un lado, en cuanto a la lesividad, Pablo Sánchez-Ostiz sostiene que “... no todas las conductas antisociales merecen ser amenazadas con pena [...], sino sólo aquellas más lesivas” (Sánchez-Ostiz, 2012, pág. 152). El mismo autor reconoce que en toda actividad regulada jurídicamente existe posibilidad de lesividad. Sin embargo, no siempre se justifica la imposición de la amenaza de pena para evitar la comisión de los daños. Cabe señalar que el ordenamiento jurídico extrapenal puede ser suficiente para enfrentar estas amenazas. Empero, parecería más fácil recurrir al remedio del Derecho Penal en lugar de otros instrumentos normativos. Un ejemplo es el Derecho Administrativo sancionador, que puede proveer mejores resultados preventivos que el mismo Derecho Penal. En este sentido, Laura Zúñiga Rodríguez sostiene que “... de todos los instrumentos idóneos para hacer frente a la criminalidad, el especialista en Política Criminal debe hacer uso de los recursos más violentos sólo en los casos absolutamente necesarios...” (Zúñiga Rodríguez, 2001, pág. 179).

Siguiendo con el principio de lesividad, la autora afirma que éste ha sido uno de los que más manipulación ha sufrido en la búsqueda de adelantar las barreras punitivas: “... es, quizás, el que ha sufrido en los últimos tiempos mayores embates frente a la expansión real de las legislaciones reales, que adelantan la intervención a meras infracciones de peligro...” (2001, pág. 183). El adelantamiento de las barreras de punibilidad, como se observa, es frente a situaciones de expectativas punibles no reales. Esta realidad es grave cuando se trata de delitos de peligro

abstracto, porque se pune una conducta con ausencia de culpabilidad. Al respecto, su vulneración implicaría un riesgo a ser sancionados sin existencia de demostración de culpa o dolo, lo que significa que imperaría la responsabilidad objetiva. Roxin, quien adopta la opinión de Urs Kindhäuser, reconoce que “... los delitos de peligro abstracto no están para proteger bienes jurídicos, sino para garantizar ‘seguridad’...” (Roxin, 2008, pág. 409). En otras palabras, significa que las figuras penales de peligro abstracto corresponden al mejor ejemplo de Derecho Penal simbólico.

Por otro lado, cabe destacarse que en relación con el principio de *ultima ratio* del Derecho Penal, Sánchez-Ostiz refiere que éste es de “... carácter secundario, o de la pena como última ratio, esto es, como instrumento que procede sólo como último remedio, en defecto de otros medios, frente a comportamientos antisociales ...” (2012, pág. 154).

En sexto lugar, no sería correcto tipificar la posible conducta estudiada, porque se trataría de una norma destinada a no ser aplicada y de connotación totalmente simbólica. Con su configuración como tipo penal se buscaría asegurar la prestación de servicios de salud y no la protección de los bienes jurídicos: salud, vida e integridad. En tal virtud, la impresión colectiva sobre dicho tipo penal sería que garantiza la prestación de la atención médica y la protección de los bienes citados. Al contrario, en el tipo de homicidio, es evidente que la intención de la norma es proteger la vida de las personas.

En séptimo lugar, para abundar un poco más en la falta de necesidad de tipificar la conducta estudiada, es posible afirmar que Colombia tiene con qué combatir ese flagelo. Así, el Código Penal reconoce a las conductas de omisión impropias y a las fuentes de constitución de garante que aseguran las infracciones a los delitos de deber. De esta forma, se afirma la punibilidad de los responsables en casos concretos de mala práctica médica cuando la lesión sobrepasa al derecho

extrapenal. Además, no puede olvidarse que los garantes están sujetos, inclusive, a la posibilidad de tentativa en caso de infracciones dolosas.

Por último, se concluye que, para asegurar que no se repitan casos como el “paseo de la muerte”, el Estado colombiano debería fortalecer el sistema público-privado de salud. A fin de cumplir este objetivo, debe dotar de mayores recursos para procurar un aseguramiento de mínima atención médica a quienes requieran asistencia en situación de emergencia, hasta su estabilización. Para ello, debería prestar más atención al derecho de daños contenido en la legislación civil y administrativa. Definitivamente, ha quedado demostrado que esta legislación es suficiente para sancionar a los responsables de los daños causados a pacientes no atendidos o no atendidos adecuadamente, siempre que tal omisión no conduzca al fallecimiento o a lesiones graves sobre el paciente. Sólo esta última situación justificaría recurrir a los medios proporcionados por el Derecho Penal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agudelo Betancur, N. (2007). *Curso de Derecho Penal: Esquemas del delito*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Agudelo Betancur, N. (2008). *Grandes corrientes del Derecho Penal. Escuela positivista*. Bogotá: Temis.
- Albán Gómez, E. (2008). *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Quito: Ediciones Legales S.A.
- American College of Surgeons. (6 de 4 de 2020). *ATLS Advance Trauma Life Support*. Obtenido de The American College of Surgeons, Chicago: <https://www.facs.org/quality-programs/trauma/atls>
- Antijuridicidad lex artis, SC7110-2017 (Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia 24 de mayo de 2017).
- Araque Moreno, D. (2016). *Lecciones de Derecho Penal: Introducción y fundamentos de imputación y responsabilidad penal*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Asesinato, Gaceta Judicial año CX, Serie XVIII, No. 8, pagina 2781 (Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia 11 de junio de 2009).
- Baigún, D. (2015). *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*. Montevideo - Buenos Aires: B de F.
- Balmaceda Hoyos, G. (2015). *Estudios de Derecho Penal General: Una aproximación a la teoría del delito y de la pena*. Bogotá: Universidad de la Sabana - Ediciones Nueva Jurídica.
- Bernarte Ochoa, F. (s.f.). Obtenido de www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_28.pdf
- Bustos Ramírez, J. (2005). *Introducción al Derecho Penal*. Bogotá: Temis S.A.
- Bustos Ramírez, J. (2012). *Control social y sistema penal*. Bogotá: Temis.
- Bustos Ramírez, J., & Hormazábal Malarée, H. (1997). *Lecciones de Derecho penal*. Valladolid: Trotta.
- Caracol Radio. (3 de 10 de 2018). *El 'paseo de la muerte' ya deja 89 víctimas durante 2018*. Obtenido de www.caracol.com.co
- Cerezo Mir, J. (2008). *Derecho penal: Parte general*. Montevideo - Buenos Aires: B de F.
- Clínica Universitaria de Navarra. (30 de marzo de 2019). *Acto médico*. Obtenido de Diccionario Médico: <https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/acto-medico>
- Corcoy Bidasolo, M. (2013). *El delito imprudente, criterios e imputación del resultado*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F.
- Del Vicente Martinez, R. (2015). El comportamiento humano . En D. C. Eduardo, D. V. Rosario, & M. R. Nuria, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal: Tomo II* (págs. 47-70). Madrid: Iustel Portal Derecho S.A.

- Demetrio Crespo, E. (2015). El concepto de delito. En R. D. Eduardo Demetrio Crespo, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal* (págs. 13-26). Madrid: Iustel Portal Derecho S.A.
- Derecho a la salud, T-1315769-sentenciaT-760/08 (Corte Constitucional 31 de julio de 2008).
- Derecho a la salud, Expediente T-4.574.405 (Corte Constitucional de Colombia 26 de 3 de 2015).
- Derecho a la Salud: Fundamental, T-859-2003 (Corte Constitucional 25 de 9 de 2003).
- Derecho a no discriminación en Salud, T-845-2006 (Corte Constitucional 2006).
- Díez-Picazo, L. M. (2013). *Sistema de derechos fundamentales*. Pamplona: Thomson Reuters.
- Donna, E. A. (2002). *Derecho Penal: Parte especial Tomo II-C*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Donna, E. A. (2008). *Derecho Penal Parte General Tomo II, Teoría general del delito - I*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Donna, E. A. (2013). *Derecho penal parte general: Tomo V, el delito imprudente, autoría y participación criminal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- El Espectador. (10 de 7 de 2017). Familia de mujer de 28 años denuncia nuevo caso de 'paseo de la muerte' en Bogotá. *El Espectador*. Obtenido de <https://www.elespectador.com/noticias/bogota/familia-de-mujer-de-28-anos-denuncia-nuevo-caso-de-paseo-de-la-muerte-en-bogota-articulo-702313>
- El Espectador. (16 de 5 de 2018). Proyecto de ley busca penalizar el 'paseo de la muerte'. Obtenido de <https://www.elespectador.com/noticias/politica/proyecto-de-ley-busca-penalizar-el-paseo-de-la-muerte-articulo-788917>
- Fernández Carrasquilla, J. (2011). *Derecho penal parte general: Teoría del delito y de la pena* (Vol. 1: El delito: visión positiva y negativa). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Fernández Carrasquilla, J. (2012). *Derecho penal parte general: Teoría del delito y de la pena* (Vol. II). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Fernández Carrasquilla, J. (2014). *Concepto y límites del Derecho Penal*. Bogotá: TEMIS S.A.
- Fernández Muñoz, M. L. (2014). *La responsabilidad médica: Problemas actuales*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Ferré Olivé, J. C., Núñez Paz, M. Á., & Ramírez Barbosa, P. A. (2011). *Derecho Penal Colombiano Parte General: Principios fundamentales y sistema*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Gimbernat Ordeig, E. (2013). *Estudios sobre el delito de omisión*. Montevideo-Buenos Aires: B de F Montevideo-Buenos Aires.
- González Zapata, J. (2009). La política criminal en Colombia o cómo se construye un enemigo. En A. L. Calle Calderón (coord.), *El estado actual de las ciencias penales* (págs. 133-152). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Gracia Martín, L. (2011). *Fundamentos del sistema de Derecho penal: Una Introducción a las bases de la dogmática penal del finalismo*. Quito: Cevallos Editorial Jurídica.

- Gutiérrez, M. T. (19 de 8 de 2018). Reaparece el paseo de la muerte. *Revista Semana*. Obtenido de <https://www.semana.com/opinion/articulo/reaparece-el-paseo-de-la-muerte-columna-de-marco-tulio-gutierrez/580216>
- Hormazábal Malarée, H. (1992). *Bien jurídico y estado social y democrático de Derecho*. Santiago de Chile: Jurídica Cono Sur.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons.
- Jakobs, G. (2002). ¿Punibilidad de las personas jurídicas? En S. S.-J. Jakobs, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes* (págs. 63-97). Lima: ARA Editores E.I.R.L.
- Jakobs, G. (2007). *Imputación objetiva en derecho penal*. México: Ángel Editor.
- Jaramillo, C. I. (2015). *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Jaramillo, C. I. (2019). *Responsabilidad civil médica: La relación médico-paciente*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Jiménez de Asúa, L. (2005). *Principios de derecho penal, la ley y el delito*. Buenos Aires: Sudamericana.
- Juicio Penal No. 150 - 2012, No. 746 - 2013 - Sala Penal (Corte Nacional de Justicia 28/6/2013). Obtenido de Resolución No. 746 - 2013 - Sala Penal: <https://bit.ly/2ISv3e8>
- Juicio por asesinato, No. 994-2011 (Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia 16 de noviembre de 2011).
- Justa causa, Radicado 050886000200201400240 (Tribunal Superior de Medellín Sala Penal 26 de 9 de 2017).
- Kaufmann, A. (2006). *Dogmática de los delitos de omisión*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Liszt, F. v. (1999). *Tratado de Derecho Penal*. Madrid: Instituto Editorial REUS S.A.
- Luzón Peña, D. (2016). *Derecho Penal. Parte General*. Montevideo-Buenos Aires: B de F.
- Luzón Peña, D. (2016). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- María, D. P. (2013). *Sistema de Derechos fundamentales*. Pamplona: Aranzadi.
- Matera Ramos, J. (2018). *Responsabilidad médica del Estado*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Mayer, E. M. (2007). *Derecho Penal. Parte General*. Montevideo - Buenos Aires: B de F.
- Merkel, A. (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F.
- Mezger, E. (2004). *Derecho Penal. Tomo I*. Buenos Aires: Valleta Ediciones.
- Mir Puig, S. (2009). *Derecho penal: Parte general*. Montevideo - Buenos Aires: B de F.
- Muñoz Conde, F. (2004). *Teoría general del delito*. Bogotá: Temis.
- Muñoz Conde, F. (2009). *Derecho Penal: Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Normas de conducta lex artis, 20010077801 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil 8 de 8 de 2011).
- Obando Obando, B. S. (2015). *Bioderecho, Derecho Médico y Responsabilidad Médica*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Obando Obando, B. S. (2016). *Responsabilidad médica por pérdida de oportunidad: Análisis desde el Bioderecho y la gerencia de la salud*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Orsi, O. G. (2007). *Los límites del legislador penal Discurso penal y programa constitucional*. Buenos Aires: Editores del puerto S.R.L.
- Pizarro Wilson, C. (2018). *La responsabilidad médica*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Quintero Olivares, G., & Jaria I Manzano, J. (2015). *Derecho penal constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española Tomo II*. Bogotá: Editorial Planeta Colombiana S.A.
- Recurso de casación (Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia 7 de marzo de 2007).
- Riquert, M. A. (2007). *Crisis penal: Política criminal, globalización y Derecho penal*. Buenos Aires: Ediar.
- Rodríguez Montañés, T. (2004). *Delitos de peligro. Dolo e imprudencia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Roxin, C. (2002). *Política criminal y sistema del derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Roxin, C. (2008). *Derecho Penal Parte General: Fundamento, la estructura de la teoría del delito* (Vol. I). Madrid: Civitas Ediciones S.L.
- Salud como derecho conexo, T-736-2004 (Corte Constitucional 2004).
- Sánchez-Ostiz, P. (2012). *Fundamentos de política criminal: Un retorno a los principios*. Madrid: Marcial Pons.
- Silva Sánchez, J. M. (2012). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Montevideo - Buenos Aires: Editorial B de F.
- Silva Sánchez, J. M. (2013). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español. En R. M. Jesús María Silva Sánchez, *Criminalidad de empresa y Compliance* (págs. 15-42). Barcelona: Atelier.
- Solórzano Garavito, C. R. (2011). La posición de garante de la víctima en la jurisprudencia de la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia: A propósito de la sentencia de 21 de mayo del 2009, radicado: 30921, magistrado ponente: Sigifredo Espinosa Pérez. *Cuaderno de Derecho Penal*(5), 83-116. Obtenido de www.usergioarboleda.edu.co/derechopenal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp5/posicion-garante-victima-jurisprudenciaCSJ-carlos-solorzano.pdf
- Solórzano Garavito, C. R. (2016). *Derecho penal y responsabilidad médica en Colombia*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

- Sotomayor Acosta, J. O. (2009). ¿El Derecho penal garantista en retirada? En A. L. Calle Calderón (coord.), *El estado actual de las ciencias penales* (págs. 273-304). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Sueiro, C. C. (2015). Tendencias actuales en dogmática y política criminal en Alemania. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 14-35.
- Tamayo Jaramillo, J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil* (Vol. I). Bogotá: Legis.
- Tavares, J. E. (2004). *Bien jurídico y función en Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Velásquez Velásquez, F. (2017). *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Vélez-Rodríguez, L. A. (2016). *Política criminal y justicia constitucional: Particular consideración de los tribunales constitucionales colombiano y español*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor.
- Welzel, H. (2011). *El nuevo sistema del Derecho Penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Montevideo - Buenos Aires: Editorial B de F.
- Zaffaroni, E. R. (2002). *Manual de Derecho penal: Parte general*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (2006). *El enemigo en el Derecho Penal*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2002). *Derecho penal: Parte general*. Buenos Aires: Ediar S.A.
- Zuñiga Rodríguez, L. (2001). *Política criminal*. Madrid: Colex.