



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Escuela de Postgrado

Magister en Derecho con Mención en Derecho Penal

IX Versión

AFET

**CONDUCTAS ALTERNATIVAS CONFORME A DERECHO Y RESPONSABILIDAD
PENAL**

Alumno: Pablo Galleguillos Carvajal

Rut: 17.037.246-8

Profesor Guía: Dr. Lautaro Contreras Chaimovich

Santiago, enero 2020

RESUMEN

A partir de la exposición de un caso hipotético en el presente estudio, se analizará y desarrollarán las teorías que buscan dar solución a la problemática de las conductas alternativas conforme a Derecho. El caso consistente en una situación de negligencia médica en se presenta un antecedente *ex post* que da cuenta que de haber actuado correctamente las probabilidades de salvación del paciente habrían aumentado en un 35%. Luego de exponer los antecedentes de hecho, se expondrá el origen del problema y los aspectos centrales que dan cabida a la *teoría de la evitabilidad* y *teoría del aumento del riesgo*. Estos aspectos, servirán de base para analizar de manera crítica el caso hipotético y así, poder tomar postura en la aplicación de una de las teorías que permita, en definitiva, determinar o excluir la responsabilidad penal del médico en el contexto de la imputación objetiva en los delitos de resultado.

PALABRAS CLAVE

Imputación objetiva, Teoría de la evitabilidad, aumento del riesgo, conductas alternativas conforme a Derecho, delito imprudente.

INDICE

INTRODUCCION 4

1. Toma de conciencia del problema de las conductas alternativas conforme a derecho: características que presenta 8

1.1 El tipo de conducta alternativa 9

1.2 Calificación jurídica del caso 13

1.3 El tipo de conducta alternativa 14

2. La imputación objetiva en los delitos imputables 15

2.1. Nociones preliminares 15

2.2. El tipo de conducta alternativa 20

2.3. El tipo de conducta alternativa 23

3. El Comportamiento Alternativo 25

3.1. Planteamiento del problema 25

3.2. Teoría del aumento (o inculpa) 29

3.3. Teoría del aumento (o inculpa) 29

3.4. Críticas a la teoría de la evitabilidad 33

3.5. Críticas a la teoría de la evitabilidad 35

3.6. Análisis del caso hipotético 35

IV. CONCLUSIONES 41

BIBLIOGRAFIA 41

INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene por objeto presentar y analizar un caso hipotético de negligencia médica con resultado de muerte, para determinar si existe responsabilidad penal del autor en el marco de la teoría de la imputación objetiva, cuando en la determinación del tipo objetivo y particularmente en la exigencia de la realización del riesgo desaprobado en el resultado, se presenta la situación de que la producción del mismo, probablemente también se habría verificado cuando el autor hubiese tenido un comportamiento alternativo ajustado a derecho.

El caso hipotético que se presenta a continuación será objeto de análisis crítico desde la problemática denominada por la doctrina jurídico-penal como -Conductas Alternativas Conforme a Derecho- en base a los siguientes hechos: el paciente (en adelante P) de 17 años de edad comienza a sangrar profusamente, producto de lo cual cae desmayado. Al ser atendido de urgencias por el médico de turno (en adelante M), se le diagnostica un cuadro de riesgo vital; que conforme a la *lex artis* ante tal contingencia, corresponde realizar una transfusión de sangre. Sin mayores antecedentes, M decide no realizar la transfusión. La infracción de M a la *lex artis* genera en P una disminución transitoria del riesgo sanguíneo en los tejidos, verificándose el resultado de muerte 30 minutos más tarde. Practicada la autopsia por el servicio médico legal, su informe revela una úlcera péptica que comprometía la arteria gástrica. Dicho informe da cuenta que de haber cumplido con la *lex artis*, practicando la transfusión de sangre, las probabilidades de salvación aumentarían en un 35%.

En razón de los antecedentes expuestos, la problemática que se presenta dice relación con la idea del riesgo y posibles cursos causales hipotéticos de producción de resultado, aquello se presenta problemáticamente cuando no se sabe con certeza si el resultado debe imputarse al ser impedido, no con seguridad, sino solamente con cierta probabilidad o incluso posibilidad, a través de una conducta alternativa ajustada a derecho¹. Lo relevante que se presenta en el caso en estudio es el antecedente o

¹ ROXIN, Claus. 2018. La imputación objetiva en el Derecho penal, Lima, Editora Jurídica Grijley. p. 110.

variante que aparece con posterioridad al resultado de muerte que da cuenta de que - posiblemente- las probabilidades de salvación posiblemente aumentarían en un 30% de haber cumplido con la *lex artis*.

Como primer acercamiento a la temática expuesta, se puede señalar que, si la conducta alternativa conforme a derecho lleva con seguridad al mismo resultado de muerte debe excluirse la imputación, y es que entonces la infracción del riesgo permitido no se habría realizado en el curso real de los hechos². Toda vez que si M no observa una determinada medida de precaución, pero la muerte de P se habría producido igualmente en caso de proceder conforme a la *lex artis*, aquella obedece a una particular disposición del paciente³. Por ello, desde el punto de vista de la teoría de la imputación, falta la realización del riesgo desaprobado o la realización de la infracción del deber de cuidado en el resultado y, con ello, la posibilidad de imputar el resultado de muerte como injusto⁴.

Como segunda aproximación a la problemática de las conductas alternativas conforme a derecho, en sus orígenes se trató como un problema de causalidad en el ámbito de la teoría de la equivalencia de las condiciones en que se intentó dar solución mediante la fórmula de la *conditio sine qua non*, a través de esta, se puede acreditar la existencia de una relación de causalidad cuando, suprimiendo el comportamiento cuya condicionalidad se requiere determinar, el resultado desaparece. Sin embargo, este enfoque, no resulta suficiente para establecer la existencia de causalidad en el supuesto de que, no se pudiera despejar con seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza, si suprimiendo la acción u omisión imprudente, la muerte del paciente no desaparece, porque al efectuar la transfusión de sangre, el actuar de M habría conducido al mismo resultado letal⁵.

Esta forma de abordar como problema causal ha dejado de tener vigencia, ya que es indiscutible en estos casos, e independientemente de lo que hubiera podido

² *Ibíd.*, p. 111.

³ Cfr. FRISCH, Wolfgang. 2015. La imputación objetiva del resultado; desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas, Barcelona, Atelier. p.89.

⁴ *Ibíd.*

⁵ Cfr. GIMBERNAT, Enrique. 2015. Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo, ADPCP, VOL. LXVIII. p 25.

sucedir con el comportamiento alternativo conforme a derecho, la realidad es que la muerte de P ha sido causada, por encima de cualquier discusión posible⁶. Por consiguiente, recurrir a la fórmula de la *conditio sine qua non* es un método inadecuado para determinar la relación de causalidad en el caso en estudio, en que la condena o absolución de M sólo puede encontrar una solución razonable en el marco de la teoría de la imputación objetiva. Teoría elaborada hace varias décadas, que postula que esa imputación objetiva es un elemento más que tiene que concurrir, junto a la causalidad, la imprudencia y, en su caso el dolo, para emitir un juicio definitivo sobre la tipicidad de una conducta deben concurrir otros elementos que permitan determinar en el ámbito del delito imprudente esa relación entre conducta infractora y resultado acontecido.

Ahora bien, al tenor de los hechos expuestos, se busca determinar si M tiene responsabilidad penal en calidad de autor, particularmente del delito de homicidio imprudente contemplado en el artículo 491 del Código Penal Chileno⁷ en relación con los artículos 490 N°1 y 391 N°2 del mismo cuerpo normativo, se debe tener especial consideración entonces a la teoría de la imputación objetiva del resultado, cuyo principio básico puede resumirse en que se trata de decidir cuál es la relación que debe mediar en los delitos de resultado, particularmente entre la conducta del autor y el resultado típico para poder afirmar que se ha realizado el tipo objetivo de un delito de resultado⁸. En este sentido, se requiere la concurrencia de ciertos principios, que en definitiva se presentan como condiciones necesarias o requisitos para la imputación objetiva del resultado: en primer lugar, que el autor haya producido el resultado en términos causales a través de su comportamiento, en tanto que dicho actuar constituye una condición esencial para la producción de este; en segundo lugar, que el autor haya creado a través de su comportamiento un riesgo desaprobado y finalmente la realización del riesgo en el resultado⁹.

Se podrá apreciar en el desarrollo de este estudio que es en el tercer requisito - realización del riesgo jurídicamente desaprobado creado por el autor- donde se ubica

⁶ *Ibíd.*

⁷ En adelante C.P.

⁸ Cfr. ROXIN, Claus, *op. cit.* p. 41.

⁹ Cfr. FRISCH, Wolfgang. Barcelona. *op. cit.* p. 52

uno de los problemas más discutidos del siglo XX. Con el objeto de seguir un orden lógico, se debe determinar si la conducta de M es activa u omisiva, para luego vincular ese comportamiento con el resultado acontecido desde la perspectiva de la teoría de la imputación objetiva, específicamente en el ámbito de la realización del riesgo en el resultado cuando se verifiquen cursos causales hipotéticos que hacen dudar sobre la imputación del resultado al existir solo una probabilidad no producción y si en definitiva ese comportamiento ha sido causante del resultado típico, ya sea ejecutando la acción prohibida o mediante la infracción a un deber de cuidado. Determinado lo anterior, veremos que para la teoría de aumento del riesgo, debe hacerse una imputación porque una forma de actuar correcta, si bien no hubiera salvado con seguridad la vida de P, posiblemente lo hubiera hecho, es decir, la infracción del riesgo permitido ha elevado, de una manera jurídicamente relevante, la posibilidad de un accidente mortal¹⁰. Mientras que, para la teoría de la evitabilidad, solamente puede admitirse que la conducta contraria a la *lex artis* es causa de resultado dañoso cuando hubiera sido seguro que no se hubiera llegado al resultado con una conducta ajustada a tales normas, dado que, en caso contrario, no estaría seguro que el riesgo no permitido se habría realizado y el autor tendría que ser absuelto en aplicación del principio *in dubio pro reo*¹¹.

En efecto, la cuestión consiste en saber si hay que admitir homicidio imprudente, o si por el contrario hay que rechazarlo, o si se pueden formular diferentes soluciones según la probabilidad de que no se hubiera producido el resultado con un comportamiento conforme a derecho¹².

1. Toma de conciencia del problema de las conductas alternativas conforme a derecho: características que presenta el caso en estudio

Como se ha observado, de los hechos descritos en el caso hipotético es posible afirmar lo siguiente: a) M ha actuado de manera incorrecta; b) hay una lesión de un bien jurídico; y sin embargo; c) ésta lesión probablemente, también se habría producido

¹⁰ Cfr. ROXIN, Claus, op. cit. p. 111.

¹¹ *Ibíd.* p. 112.

¹² Cfr. ROXIN, Claus. *Sistema del hecho punible/1. Acción e imputación objetiva*. Buenos Aires, Editorial Hammurabi s.r.l. 2013. p. 347.

aunque el comportamiento hubiera sido irreprochable¹³. Bajo estas hipótesis, no estamos ante un genuino problema causal en el sentido de la teoría de la equivalencia, mediante la cual, se consideraba realizado el tipo penal en cuanto alguien había determinado una condición previa al resultado típico para convertirse de esta manera en causante,¹⁴ toda vez que, la falta de intervención de M conforme a la *lex artis*, efectivamente ha condicionado la muerte de P. Pero, al preguntar si ello es causalidad en sentido jurídico-penal o si hay un nexo causal relevante jurídicamente, se hacen entrar en juego otros elementos de imputación que ya no tienen nada que ver con la causalidad¹⁵, sino más bien, con criterios de imputación objetiva del resultado a la conducta del autor.

Como veremos a continuación, la cuestión de las conductas alternativas conforme a derecho es una de las temáticas que mayor debate ha generado en la doctrina de la imputación objetiva, donde el problema se plantea en la valoración de la causalidad hipotética del resultado¹⁶. Particularmente, en la necesidad o no de un nexo específico entre lesión del deber de cuidado y resultado, en si basta que el resultado previsible se haya causado por una conducta imprudente o es necesario algo más para que el sujeto responda por consumación¹⁷. Para algunos autores la solución está en que la imputación del resultado requiere que se pueda establecer, desde una perspectiva -*ex post*- que la conducta indicada e idónea -*ex ante*- habría logrado evitar el resultado con una probabilidad rayana en la certeza. Para otros, la imputación objetiva consiste en poder constatar que la conducta idónea hubiera disminuido el riesgo de producción del resultado.

Estas posturas, han significado que dentro de la doctrina y jurisprudencia tanto española como alemana se pueda arribar a soluciones considerablemente distintas y contrapuestas. Por lo que, si intentamos reducir el campo de examinación, nos quedarán fundamentalmente tres círculos de problemas, dentro de los cuales se buscará la solución al caso: la delimitación entre delito de comisión y delito de omisión; la exigencia

¹³ Cfr. FEIJÓO, Bernardo. op. cit., p. 132.

¹⁴ ROXIN, Claus. op. cit. p. 257.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 347.

¹⁶ MARTINEZ, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid, Edersa editoriales de Derecho reunidas. 1992. p. 193.

¹⁷ *Ibíd.* p. 194.

de un determinado nexo entre infracción del deber y resultado y; la consideración de hipotéticas causas de daño¹⁸. Estos tres temas se tratarán a continuación.

1.1 Determinación de la conducta del médico: activa u omisiva

El art. 1° del C.P. define el delito como toda acción u omisión voluntaria penada por la ley, en tal sentido se desprende que sólo los comportamientos humanos pueden constituir delitos¹⁹. Aquello implica que la conducta del ser humano constituye un elemento material del delito que permite afirmar que el derecho penal nacional es de actos y no de autor, por lo que se impone una pena a un sujeto por lo que hace, no por lo que es²⁰.

Acción y omisión son las dos hipótesis de comportamiento humano que sirven de base de la estructura del delito la diferencia entre ambos institutos tiene un respaldo de Derecho positivo en el artículo 1° del C.P., donde explícitamente se tratan como distintas formas de presentación del delito, lo que se corrobora con las demás disposiciones del Código Penal y de la legislación nacional, que frecuentemente hace alusión de modo expreso a la omisión separadamente de la acción²¹. Se trata entonces, de categorías de conductas humanas que tienen su propia identidad y deben ser objeto de tratamiento jurídico independiente, sin perjuicio del presupuesto común de que no son meras creaciones, sino realidades objetivas preexistentes al derecho y que éste debe respetar en su estructura fundamental²². La diferencia emerge en que la norma que se halla antepuesta a un tipo activo es una norma con enunciado prohibitivo y la de tipo omisivo con enunciado imperativo²³.

La acción y la omisión cumplen, por tanto, la función de elementos básicos de la Teoría del Delito, aunque sólo en la medida en que coincidan con la conducta descrita

¹⁸ *Ibíd.*, p. 348.

¹⁹ Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 8° Ed. Barcelona, Editorial Reppertor. p.177.

²⁰ Cfr. GARRIDO, Mario. *Derecho Penal; Parte General Tomo II*, 4° edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2005. p.38.

²¹ *Ibíd.* P. 336-337.

²² *Ibíd.* p.47.

²³ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio. *Tratado de Derecho Penal, Parte General III*, Buenos Aires, EDIAR Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. 1981. p. 447.

en el tipo de la correspondiente figura delictiva serán penalmente relevante²⁴. Esta equivalencia entre conducta y descripción del tipo penal no siempre va a ser pacífica, dado que hay delitos que exigen además del comportamiento un determinado cambio en el mundo exterior como ocurre precisamente con la descripción del art. 391 del C.P. en que se exige para la consumación del delito que se produzca el resultado de muerte, en tal sentido se prohíbe el matar a otro . conducta activa-.

Por otra parte, omisión, en todo caso, no es un simple no hacer algo, es no hacer aquello que se tiene el deber jurídico de realizar, pudiendo hacerlo, lo que presupone la existencia previa de una acción mandada o esperada por el ordenamiento jurídico²⁵. Sin embargo, este deber, esta obligación de actuar, normalmente no se encuentra indicado en la norma penal, sino que lo presupone, de modo que el delito de omisión importa una violación de una norma preceptiva. La regla general es que en derecho penal primen las normas prohibitivas, y que sólo por excepción existan aquellas de orden imperativo²⁶, por lo que, para que exista omisión deben concurrir las circunstancias fácticas que coloquen al sujeto ante el imperativo del cumplimiento de ese deber²⁷, teniendo especial consideración al poder de actuar del sujeto, cuya presencia es considerada fundamental al momento de determinar la existencia o no de una omisión penalmente relevante.

Entonces, hay omisión para los efectos del delito sólo cuando existe una norma con trascendencia penal que imponga a una persona la obligación de realizar una actividad dada o evitar la concreción de un peligro determinado²⁸. En este sentido, el problema central de la dogmática de los delitos de omisión consiste en determinar cuándo el que se abstiene puede ser responsable del resultado²⁹.

Resulta necesario distinguir entre dos grandes grupos de delitos de omisión; los propios e impropios . o de comisión por omisión³⁰. La omisión impropia se caracteriza

²⁴ Cfr. GARCIA, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*, 8ª Edición, Valencia, Tirant Lo Blanch. 2010. p.214.

²⁵ Cfr. GARRIDO. Mario. op. cit., p. 337.

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ *Ibíd.* p.338.

²⁸ *Ibíd.* p.336.

²⁹ Cfr. GIMBERNAT, Enrique. op. cit. p.10.

³⁰ Cfr. GARRIDO. Mario. op. cit. p.338.

distinguir entre delitos de omisión pura y de comisión por omisión, los primeros se consuman por un mero no hacer la actividad ordenada, los segundos, equivalentes a los delitos de resultado, consistentes en no evitar el resultado típico reciben el nombre de comisión por omisión.³⁷

Tan importante como la distinción de omisión pura y comisión por omisión es, en efecto, la de omisión prevista como tal por la ley y omisión no descrita expresamente por la redacción legal. Por lo que, podemos concluir que en la omisión propia se contienen tanto formas de omisión pura como de comisión por omisión, mientras que en la omisión impropia sólo cabe la comisión por omisión, dado que el asiento legal indirecto ha de buscarse en los tipos de resultado, que se entienden realizados tanto por conductas positivas como por la no evitación del resultado en ciertas condiciones.

En la doctrina alemana³⁸ se ha propuesto un criterio aceptable para resolver en casos como estos, la presencia de acción u omisión: debe empezarse preguntando si el resultado se ha causado por una acción positiva, sea dolosa o imprudente, que constituya delito; cuando la respuesta sea positiva deberá afirmarse la presencia de un delito de acción³⁹. Sin embargo, M sin mayores antecedentes decide no practicar la transfusión de sangre por lo que ante la interrogante propuesta debemos responder negativamente en el sentido que no ha causado el resultado de muerte por una acción positiva. Sino más bien, dicho resultado de muerte podría haber sido causado por el hecho de no haber evitado el mismo (comisión por omisión).

La decisión de si concurre acción u omisión posee importancia práctica por la razón de que son menos los requisitos necesarios para los delitos de acción que para los de comisión por omisión, dado que, como se verá, estos últimos presuponen el elemento adicional representado por la posición de garante del autor.⁴⁰ Además porque la presencia de una omisión no solo depende la pasividad física del autor sino que también de la estructura del tipo y de su significado como base de la infracción de una

³⁷ Cfr. GARRIDO. Mario. op. cit. pp. 339-340.

³⁸ Véase JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal Parte General*. 5° Ed. Granada. 2002 pp. 830 s.

³⁹ Cfr. MIR Puig, Santiago. Barcelona. p.311

⁴⁰ *Ibíd.* p.312

norma penal preceptiva, por lo que no podrá decidirse la existencia de una omisión en el sentido del Derecho Penal sin haber contrastado la conducta con el tipo legal.⁴¹

Por ello, la problemática de la omisión no puede tratarse como realidad que la ley presupone y se da con independencia de ella, sino sólo en el seno de la teoría del tipo de injusto, como una de sus modalidades según la clase de norma que se puede infringir y no según la especie de la conducta.⁴²

1.2 Calificación Jurídica del caso

Luego de analizar aquellos aspectos de la discusión doctrinal que giran en torno a la conducta humana relevante en el ámbito penal, toca analizar el comportamiento de M a la luz de los antecedentes del caso expuesto. En tal sentido, esta conducta debe vincularse con la estructura del tipo penal para poder afirmar con certeza que su comportamiento reúne todos los elementos descritos en el tipo.⁴³ Particularmente con la estructura del tipo imprudente señalado en el art. 491 en el relación al 391 N°2, ambos del C.P.

En el tipo de injusto imprudente no se castiga matar, sino infringir ciertas reglas de cuidado que pueden causar el resultado⁴⁴. Por ello, resulta estrictamente necesario intentar delimitar los elementos de contenido de la conducta imprudente, se podrá apreciar que al buscar en la jurisprudencia comparada como en la extensa literatura de la dogmática penal la forma de determinación de estas reglas de cuidado, se presentan una serie de elementos muy variados⁴⁵. Generalmente se mencionan: la infracción del deber de cuidado, la previsibilidad, la reconocibilidad y la evitabilidad del resultado como presupuestos de la conducta imprudente⁴⁶. Por ello, la teoría de la imputación objetiva

⁴¹ *Ibíd.* p.310

⁴² *Ibíd.*

⁴³ *Ibíd.* p.219

⁴⁴ Cfr. FEIJÓO, Bernardo. *Op. cit.*, p. 86.

⁴⁵ ROXIN, Claus, *op. cit.* p. 187.

⁴⁶ *Ibíd.*

surge del causalismo y de su intento de limitar la tipicidad ante los cursos causales inadecuados⁴⁷.

La parte objetiva del tipo abarca el aspecto externo de la conducta, que en el caso del homicidio exige además un efecto separado de la conducta y posterior a ella . la muerte de la víctima-. Mientras que la parte subjetiva del tipo se halla constituida siempre por la voluntad, sea ésta consciente como en el dolo que no aplica para el caso en estudio, o sin conciencia suficiente de su concreta peligrosidad como en la imprudencia.⁴⁸

1.3 El tipo objetivo

Se ha expresado que el delito de omisión impropia es aquel en que lo omitido es la ejecución de una acción evitadora de un resultado injusto abarcado por un delito de comisión.⁴⁹ Esta infracción del deber de ejecutar la acción no se encuentra expresada por la ley -tipificada- y sólo por vía de interpretación se homologa a la actividad productora del resultado típico, que sí está descrita por el legislador⁵⁰.

El tipo de comisión por omisión muestra en su parte objetiva la siguiente estructura: a) situación típica, b) ausencia de acción determinada, c) capacidad de realizarla. Pero complementada con la presencia de tres elementos particulares para la imputación objetiva del hecho: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo.⁵¹ La posición de garante integra necesariamente la situación típica de los delitos de comisión por omisión no expresamente tipificados. A la ausencia de acción determinada debe seguir en ellos la producción de un resultado. Y a la capacidad de acción debe comprender la capacidad de evitar dicho resultado.⁵²

⁴⁷ GIL, Alicia. *El delito imprudente: fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultados*. p.173.

⁴⁸ MIR Puig, Santiago. Barcelona. p.219.

⁴⁹ GARRIDO. Mario. op. cit. p.242.

⁵⁰ MIR Puig, Santiago. op. cit. p.342.

⁵¹ *Ibíd.* p.318.

⁵² *Ibíd.*

Si el primer elemento de toda omisión es que tenga lugar la situación típica base del deber de actuar, en la comisión por omisión no expresamente tipificada ha de integrar dicha situación la llamada posición de garante por parte del autor.⁵³ Aquella se da cuando 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. La primera situación convierte entonces a M en -garante- de la indemnidad del bien jurídico vida, dado que el actuar conforme a la *lex artis* constituye un deber jurídico de realizar una acción determinada ante tal contingencia conforme lo prescrito en el art. 491 en relación con el art. 391 N°2 del C.P.

Siguiendo esta línea, el deber objetivo de cuidado emana de la construcción del tipo de injusto imprudente en que se compara con el comportamiento que una persona razonable y cuidadosa habría emprendido en la misma situación del autor⁵⁴. Contenido de cuidado objetivo que en el caso concreto se determina de acuerdo con un punto de vista intelectual . previsibilidad objetiva- y otro de orden normativo . riesgo permitido⁵⁵.

Sin embargo, el problema de la tipicidad en los delitos de omisión impropia es más complejo, por cuanto en la producción de un resultado típico, requiere vincular ese resultado con la omisión del sujeto que tenía la obligación de actuar, de imputar objetivamente ese resultado a la omisión⁵⁶. La problemática radica en la cuestión de cuáles serían los presupuestos para que una omisión sea equiparable a una conducta activa y pueda subsumirse en el tipo de un delito de comisión.⁵⁷ Sobre el particular, en la legislación chilena, no existen herramientas suficientes que permitan determinar aquello, ya que como se puede apreciar de lo dispuesto en los artículos 1° y 3° del C.P., el legislador si bien reconoce la responsabilidad penal del omitente no especifica cuándo ocurriría esto.

La opinión dominante en Alemania, equipara la comisión con la omisión impropia mediante la posibilidad de estar en presencia de una posición de garante.⁵⁸ Gimbernat

⁵³ *Ibíd.* 318.

⁵⁴ Cfr. FEIJÓO, Bernardo. *op. cit.* p. 87

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ Cfr. MIR Puig, Santiago. *op. cit.* p.343.

⁵⁷ Cfr. ROXIN, CLAUS, *op. cit.* p. 254.

⁵⁸ *Ibíd.*

considera que esta equiparación no depende de la existencia de criterios especiales, sino que la idea es subsumir determinadas omisiones directamente en el tipo de los delitos de comisión, sin necesidad de una equiparación legal y que, en consecuencia para él, la única cuestión que debe solucionarse es aquella referida a los elementos que deberían presentarse en una inactividad a fin de que ésta pueda entrar bajo la descripción legal de un delito de resultado.⁵⁹

En la búsqueda de estos elementos relevantes para la subsunción, Gimbernat investiga qué elementos tendrían que añadirse a un hecho para que podamos hablar de una acción típica.⁶⁰ Basándose en la doctrina de la imputación objetiva, distingue dos grupos de casos en función de si la acción inicial era ilícita o no. En un primer grupo se crea un riesgo *ab initio ilícito* y hasta entonces inexistente que causa -condiciona- el resultado típico, o bien, mediante un comportamiento *ab initio licito* -atención médica- que, a través de otra acción -no seguir la *lex artis*- se transforma en un riesgo prohibido y desemboca en un resultado típico.⁶¹

Esta idea nos lleva a concluir que para encontrar una equivalencia entre delitos de omisión impropia y delitos de comisión, el actuar del sujeto debe desestabilizar un foco de peligro mediante la no aplicación de una medida de prevención a él impuesta y cuando luego ese foco de peligro con absoluta seguridad, condiciona el resultado típico.⁶² El problema que se presenta en el caso estudiado es que no se puede afirmar con absoluta seguridad ni con probabilidad rayana en la certeza que la omisión de M, ha desestabilizado un foco de peligro dado que existe un antecedente posterior que indica que las probabilidades de salvación aumentarían.

En definitiva, para poder afirmar que el actuar de M, se corresponde con la descripción objetiva del delito imprudente de homicidio contemplado en el art. 491 en relación con el art. 391 N°2 del C.P. resulta necesario enfocarnos a continuación en la

⁵⁹ *Ibíd.*

⁶⁰ *Ibíd.* p.255.

⁶¹ Cfr. GIMBERNAT, Enrique. *El comportamiento alternativo conforme a derecho: de la causalidad a la imputación objetiva*. 2da. Ed. Buenos Aires. B de F. p.5.

⁶² Cfr. ROXIN, CLAUS, op. cit. p. 255.

doctrina de la imputación objetiva y en particular en la problemática de la realización del riesgo en el resultado.

2. La imputación objetiva en los delitos imprudentes

2.1. Nociones preliminares

Si bien hemos podido determinar que el actuar de M constituye una omisión impropia de comisión por omisión, el punto de partida de las consideraciones que siguen, es la idea de que casi toda conducta puede comportar la presencia o producción de condiciones capaces de lesionar un bien jurídico protegido. Sin embargo, ello no puede bastar para desaprobado una conducta, pues de lo contrario las limitaciones de la libertad alcanzarían una magnitud tal en la que nadie está interesado.⁶³ Se tratará entonces, de definir la conducta desde un punto de vista normativo, como conducta de significado -objetivo- típico, más allá de elementos factico-naturales y de accidentes particulares de la infracción.⁶⁴ Por ello, luego de contrastar las características de la conducta del sujeto con el tipo, toca comprobar si el resultado conectado causalmente a esa conducta puede reconducirse normativamente a ésta, es decir, si también el resultado es típico.⁶⁵

En tal sentido, se debe entender que no se está ante un problema de causalidad, sino de atribuibilidad, de imputación, que tiene una naturaleza jurídica consistente en establecer cuándo se puede ligar un resultado a la inactividad de una persona en particular, considerando a su vez que bajo el supuesto de haber actuado conforme a la *lex artis* tampoco existiría la certeza de haber evitado el resultado fatal⁶⁶. La dogmática de la imputación objetiva de los delitos de comisión por omisión -omisión impropia- se funda en un juicio de valor objetivo sobre la posibilidad de que la acción omitida por quien está en posición de garante de un bien jurídico determinado, habría evitado el resultado prohibido que afecta a ese bien⁶⁷.

En este contexto, la teoría de la imputación objetiva aparece no solamente como un intento de dar solución a los problemas concretos que surgen en el marco del

⁶³ Cfr. FRISCH, Wolfgang. *Desvalorar e imputar, sobre la imputación objetiva en Derecho penal*. Buenos Aires. B de F. p.25.

⁶⁴ CANCINO Meliá, Manuel. 2005. *Aproximación a la teoría de la imputación objetiva*. En: BOLAÑO González, Mireya. *Imputación objetiva y dogmática penal*. Mérida. Co-edición de CDCHT de la Universidad de Los Andes y FUNDACITE-Mérida. p.95.

⁶⁵ *Ibíd.*

⁶⁶ GARRIDO. Mario. op. cit. p.247.

⁶⁷ *Ibíd.*

mencionado nexo entre acción y resultado, sino que constituye la plasmación, en el ámbito del injusto, de la actual corriente de la ciencia jurídico-penal que se ha dado en llamar funcionalismo o pensamiento teleológico-racional.⁶⁸ Esta tendencia rechaza el método axiomático-deductivo inspirado en verdades ontológicas propio del finalismo y propugna la renormativización de la teoría jurídica del delito, inspirada teleológicamente en los fines del Derecho Penal.⁶⁹

Aquello implica que un resultado sólo es objetivamente imputable cuando la acción causante del mismo ha creado un riesgo típicamente relevante que se ha realizado en el resultado típico, perteneciendo este resultado a aquellos que la norma infringida tenía por finalidad impedir.⁷⁰ Ello tiene dos consecuencias: una es que ni la causalidad ni la finalidad del sujeto nos dicen si una persona ha realizado un tipo penal, por lo que es preciso una valoración desde el punto de vista de la norma, en que una conducta se ve así seleccionada como típica de acuerdo con el fin y sentido de los tipos de la parte especial interpretados teleológicamente⁷¹. Y la otra consecuencia tiene mayor importancia práctica en el sentido de que, a pesar de que una conducta se pueda subsumir normalmente en un tipo penal, sólo se puede desvalorar dicha conducta de acuerdo con el fin de protección de la norma penal.⁷² Es decir, todo proceso de imputación supone un juicio retrospectivo por parte del juzgador.⁷³

En su vertiente más sencilla, esta teoría sostiene como ya se ha adelantado, que para imputar objetivamente un resultado se requiere lo siguiente: 1) La producción de un resultado, 2) La creación de un riesgo típicamente relevante y 3) La realización del riesgo en el resultado⁷⁴. Sabemos pues, que se ha producido un resultado de muerte en la persona de P, por lo que, en las páginas siguientes del presente estudio nos concentraremos en las restantes condiciones que deben darse para imputar el resultado.

⁶⁸ MARTINEZ, Margarita. op. cit., p. XXIII.

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ *Ibíd.* p. XXV.

⁷¹ FEIJÓO, Bernardo. op. cit., p. 160.

⁷² *Ibíd.*

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ MARTINEZ, Margarita. op. cit., resultado. p. 40.

2.2. La creación de un riesgo típicamente relevante

Si se parte de la base que cualquier contacto social entraña un riesgo, incluso cuando todos los intervinientes actúan de buena fe y que a pesar de tomar todas las precauciones necesarias se puede provocar una lesión.⁷⁵ Para la teoría de la imputación objetiva resulta fundamental la idea de que las consecuencias provocadas causalmente deben suponer la realización de un riesgo creado por el autor y que ese riesgo se corresponda con el riesgo desaprobado por el correspondiente tipo penal.⁷⁶ Por consiguiente, el actuante debe haberse comportado de tal manera que, haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado de producción de concretos resultados,⁷⁷ lo cual significa que una de las características que ha de presentar un comportamiento para que sea posible la imputación del resultado, es que se trate de un actuar peligroso, que cree un determinado grado de probabilidad cierta de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.⁷⁸

La creación desaprobada de un riesgo se da cuando el comportamiento, conforme a las valoraciones del ordenamiento jurídico, no debe tener lugar precisamente a causa del peligro inherente al mismo.⁷⁹ Ello, porque el fin inmediato del derecho penal consiste en la protección de los bienes jurídicos, en la evitación preventiva de su lesión o puesta en peligro⁸⁰. En tal sentido, no se crea ningún tipo de riesgo, y con ello la posibilidad de responder penalmente, cuando el autor ha modificado un curso causal de tal manera que disminuye el peligro ya existente para la víctima, mejorando la situación del objeto de la omisión⁸¹.

Si M al examinar de manera directa y adecuada la condición de salud del paciente, aunque la transfusión de sangre sea insuficiente para salvaguardar la vida, consigue o al menos intenta aminorar el peligro de muerte en que se encuentra el paciente. Pese a

⁷⁵ JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Buenos Aires, Editorial AD-HOC. 1996. p.43.

⁷⁶ FRISCH, Wolfgang. op. cit. p. 60.

⁷⁷ *Ibíd.*

⁷⁸ MARTINEZ, Margarita. op. cit., p. 61.

⁷⁹ FRISCH, Wolfgang. op. cit. p. 60.

⁸⁰ *Ibíd.*

⁸¹ ROXIN, CLAUS, op. cit. p. 85.

su actuar, no estaría cometiendo el delito de homicidio atendido que en el fondo estaría ejecutando medidas que al menos podrían retardar la muerte. Por tanto, debe descartarse la imputación del resultado porque sería un contrasentido prohibir acciones que no empeoran el estado del bien jurídico protegido, sino que lo mejoran⁸².

Ciertamente, los casos de disminución del riesgo podrían solucionarse bajo el punto de vista de la antijuridicidad admitiendo un estado de necesidad justificante. Pero esto supondría que la disminución de riesgo sea vista primero como una lesión de bienes jurídicos típica de un delito, cuestión que precisamente no ocurre en la especie. Por ello, es que rápidamente debemos excluir la imputación en caso de disminución de riesgo,⁸³ como sería el caso de haber actuado conforme a la *lex artis*, por el contrario se debe imputar al tipo objetivo un resultado causado por el actor cuando la conducta del autor hubiera creado, para el objeto de la acción, un peligro que no estuviera cubierto por un riesgo permitido, y este peligro se hubiera realizado también en el resultado concreto.⁸⁴

La importancia de este punto está en que mientras que la falta de creación de peligros lleva a la impunidad, la falta de realización del peligro en una lesión típica de bienes jurídicos solamente hace desaparecer la consumación, con la consecuencia de que eventualmente puede pensarse aún por la tentativa, si el delito es doloso.⁸⁵ De esta manera, Roxin se incluye en la línea doctrinal que pretende establecer límites o filtros normativos *ex post* para imputar resultados a una conducta descuidada,⁸⁶ en que se verifique una inclinación reconocible hacia el delito.⁸⁷

En el caso que nos ocupa, este filtro normativo debe estar constituido por el estándar técnico que determine la ciencia médica, llamada a establecer las actuaciones y procedimientos que establezcan la mejor forma de enfrentarse a un riesgo y de controlarlo.⁸⁸ En el caso de prácticas médicas, el ordenamiento jurídico no establece normas de actuación porque sería imposible mantener las normas al día teniendo en

⁸² *Ibíd.*

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ *Ibíd.* p.80.

⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁶ FEIJÓO, Bernardo. *op. cit.* p. 162.

⁸⁷ ROXIN, Claus. *op. cit.* p. 260.

⁸⁸ Cfr. FEIJÓO, Bernardo. *op. cit.* p. 308.

cuenta la rapidez de los avances científicos, quedando cualquier norma rápidamente obsoleta,⁸⁹ y porque resulta imposible condensar conocimientos como los de la ciencia médica en normas jurídicas.⁹⁰

Por esta razón el ordenamiento jurídico no tiene más remedio que confiar en el estándar técnico o en la opinión mayoritaria de los especialistas del ramo. Es decir, las medidas de cuidado, precaución o seguridad que la mayoría de especialistas de esa disciplina aceptan como válidas y utilizan para controlar los riesgos propios de la profesión o los riesgos inherentes a determinadas conductas que operan también como indicios para determinar el deber de cuidado en determinados ámbitos profesionales.⁹¹ Sin perjuicio de lo anterior, se debe tener presente que los facultativos no tienen en principio una posición de garante en virtud de haber creado un riesgo, sino precisamente para luchar contra un riesgo ya existente.⁹²

En este sentido, podemos concluir que si en una situación estándar se utiliza alguno de los remedios, técnicas o terapias admitidas como *lex artis* el facultativo se habrá comportado de forma prudente. Por el contrario, si se aparta de la regla o de las precauciones generales sin ningún motivo objetivamente racional es una conducta que infringe el deber de cuidado, dado que la *lex artis* y las diversas reglas de la técnica tienen algo en común: son expresión y obra de la experiencia.⁹³ Lo que conlleva necesariamente a que el profesional deba atender la situación de peligro adoptando aquellas posibilidades que se le presentan al autor *ex ante* como menos peligrosas.⁹⁴

Por ello, para determinar si existe o no una infracción de la *lex artis* le puede resultar útil al juez tener en cuenta las técnicas o terapias utilizadas anteriormente por el facultativo o su equipo en el mismo tipo de casos o el que se utiliza en centros médicos de carácter similar.⁹⁵ Pero, ¿qué sucede si después de producirse un resultado en alguno

⁸⁹ *Ibíd.*

⁹⁰ *Ibíd.* p.309.

⁹¹ Cfr. BOLEA, Carolina. *La responsabilidad penal del médico por omisión desde una teoría normativa de la evitabilidad*. Barcelona. Revista para el análisis del derecho. Universidad de Barcelona. (4) p. 18.

⁹² FEIJÓO, Bernardo. *op. cit.* p. 311.

⁹³ *Ibíd.*

⁹⁴ *Ibíd.* p.312.

⁹⁵ *Ibíd.*

de estos ámbitos profesionales no reglados jurídicamente se demuestra que la *lex artis* o las reglas de la técnica aplicadas eran incorrectas o insuficientes? ¿Cómo valoramos la pericia del servicio médico legal en el caso en estudio? En las próximas páginas intentaremos resolver estas interrogantes. .

2.3. La realización del riesgo en el resultado

Para determinar el requisito de la realización del riesgo en el resultado, se debe efectuar un examen de los hechos sobre la base de criterios normativos que permitan constatar la existencia de un nexo específico entre la conducta del sujeto y el resultado⁹⁶, de modo que dicha consecuencia pueda ser considerada la realización del riesgo penalmente relevante creado por el autor mediante su actuar omisivo⁹⁷.

Entender que se trata de un nexo entre desvalor de la acción u omisión y el resultado no es una cuestión pacífica de resolver y, necesariamente conlleva a iniciar el análisis por hacer referencia a la naturaleza jurídico-penal del resultado, para así comprender qué rol desempeña dentro del delito imprudente y de esta manera fundamentar el referido nexo⁹⁸ sin ánimo de centrar la discusión sobre este punto. Para algunos autores⁹⁹, comprobar que se trata de una conducta disvaliosa será suficiente para configurar el delito¹⁰⁰, operando el resultado como un elemento integrante que fundamenta o incrementa el injusto¹⁰¹. Mientras que para otros autores¹⁰², el injusto se configura sólo por la infracción de la norma de cuidado, pasando a ser el resultado una condición objetiva de punibilidad que no forma parte de aquel¹⁰³.

⁹⁶ RODRIGUEZ, María José. *La imputación objetiva del resultado a la omisión*. Revista Nuevo Foro Penal. (70). 2006. p.150.

⁹⁷ *Ibíd.*

⁹⁸ Cfr. MARTINEZ, Margarita. *op. cit.*, p. 177.

⁹⁹ Quienes consideran el resultado integrado en el tipo: HIRSCH, ZStw 94, pp. 254; SCHAFFSTEIN; SERANO, *Teoría del delito imprudente*. pp. 223; BOCKELMANN; BUSTOS RAMIREZ; ULSENHEIMER; ROMEO CASANOVA; KAUFMANN

¹⁰⁰ FEIJÓO, Bernardo. *op. cit.*, p. 123.

¹⁰¹ MARTINEZ, Margarita. *op. cit.*, p. 177.

¹⁰² MIR, Puig, ADPCP. 1983, P. 11. CORCOY, Mirentxu. *El delito imprudente*. P. 382. ENGISCH, *Untersuchungen*. P. 74 y ss., 115 y ss. 377 y ss. En MARTINEZ, Margarita. *op. cit.*, p. 180

¹⁰³ FEIJÓO, Bernardo. *Op. cit.*, p. 123.

Quienes ven en el resultado una condición objetiva de punibilidad¹⁰⁴ intentan sustentar la necesidad de realización del riesgo en el resultado, expresando que un comportamiento será objeto de prohibición o mandato cuando muestre externamente una tendencia hacia la lesión de un bien jurídico, de manera que *ex ante* fuera previsible que la acción u omisión causara el resultado¹⁰⁵. Desde esta perspectiva, en los delitos culposos se considera el resultado como criterio seleccionador de conductas, partiendo de la base de que tantas son las conductas imprudentes que diariamente se cometen, resultaría ilusorio y seguramente también contraproducente intentar castigarlas todas¹⁰⁶. Agregan estos autores a su postura, que el resultado actúa como indicio del desvalor del comportamiento y a la vez, como medio de prueba respecto al injusto cometido.

Sin embargo, la principal objeción que se hace a esta postura¹⁰⁷, radica en que las condiciones objetivas de punibilidad se caracterizan por prescindir de una relación causal entre acción y resultado, bastando su simple ocurrencia¹⁰⁸, por lo que no sería lógico que de una circunstancia -resultado- que según esta visión nada tiene que ver con el injusto penal, deriven efectos tan importantes como la imposición o no de una pena en los delitos imprudentes¹⁰⁹.

A partir de esa base, quienes consideran el resultado como parte integrante del injusto, concluyen que el Derecho Penal no puede prohibir ni ordenar resultados, sino tan sólo la realización u omisión de comportamientos humanos¹¹⁰, por lo que exclusivamente aquellas conductas contrarias a la norma pueden ser objeto de prohibición o mandato y, con ello, parte integrante del injusto penal, no así los resultados¹¹¹. Ahora bien, agregan que el injusto sólo podrá presentarse en la medida que dicha norma imperativa de comportamiento sea valorada en relación al resultado¹¹²,

¹⁰⁴ Postulan esta idea: MIR, Puig, ADPCP. 1983, P. 11. CORCOY, Mirentxu. *El delito imprudente*. P. 382. ENGISCH, *Untersuchungen*. P. 74 y ss., 115 y ss. 377 y ss. En MARTINEZ, Margarita. op. cit., p. 180.

¹⁰⁵ MARTINEZ, Margarita. op. cit., p. 180.

¹⁰⁶ *Ibíd.*

¹⁰⁷ Sobre esta idea MIR PUIG; ENGISCH; MÜNZBERG; SCHÜNEMANN; SEILER.

¹⁰⁸ MARTINEZ, Margarita. op. cit., p. 179.

¹⁰⁹ *Ibíd.*

¹¹⁰ *Ibíd.* 186.

¹¹¹ *Ibíd.*

¹¹² *Ibíd.*

mediante un ejercicio intelectual posterior. Que conlleva necesariamente a trasladar la configuración del injusto personal a una perspectiva subjetiva, en que se debe poner acento en la finalidad que guiaba al autor en su comportamiento¹¹³, por lo que un resultado será jurídico-penalmente considerado como obra de su autor en la medida que el resultado constituya la realización del riesgo jurídicamente relevante creado voluntariamente por sujeto con su conducta.

Sobre el rol del resultado en los delitos imprudentes, Welzel ha ocupado una posición ecléctica considerando que se trata de un elemento adicional que tiene una mera función restrictiva, limitadora o de otorgamiento de relevancia, pero en absoluto constitutiva del delito¹¹⁴. Que pese a estar integrado en el injusto sólo sirve para seleccionar conductas típicas, así el Derecho positivo obliga a tenerlo en cuenta como elemento del tipo en los delitos de resultados para determinar cuál conducta imprudente puede ser combatida mediante la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico¹¹⁵. Por ello, reconoce el desvalor de la conducta como elemento esencial, pero sin prescindir de tener en cuenta el resultado como parte integrante del tipo de injusto.

Por otra parte, para este autor el resultado no era simplemente una condición objetiva de punibilidad en el sentido de que sus efectos se dan con su mera presencia, sino que además considera necesario imputar el resultado a la conducta. Para ello, fija como criterio de especificación de la relación de riesgo entre conducta y resultado; la idea de que la producción del resultado tiene que ser precisamente la realización de la infracción de la norma de cuidado¹¹⁶. Welzel utiliza dos instrumentos de verificación de la relación normativa entre infracción del deber de cuidado y la producción del resultado: a) tanto en el ámbito de delitos imprudentes como dolosos, la teoría de la adecuación y la previsibilidad objetiva y; b) sólo en el ámbito de delitos imprudentes, la comparación con la conducta alternativa no infractora de la regla general de cuidado, por lo que, si el resultado fuera producido igualmente, no existe esa relación específica¹¹⁷.

¹¹³ *Ibíd.* p. 189.

¹¹⁴ HIRSCH, ZStW 94, p. 248. En FEIJÓO, Bernardo. *op. cit.*, p. 123.

¹¹⁵ FEIJÓO, Bernardo. *Op. cit.*, p. 123.

¹¹⁶ WELZEL, PG. P.136 en FEIJÓO, Bernardo. *op. cit.*, p. 124.

¹¹⁷ WELZEL, PG. P.136 en FEIJÓO, Bernardo. *op. cit.*, p. 125.

3. El comportamiento alternativo conforme a derecho

3.1 Planteamiento del problema

El problema más discutido de la posguerra en relación con la idea del riesgo se refiere a la cuestión de si el resultado debe imputarse cuando éste hubiera sido impedido, no con seguridad, sino solamente con cierta probabilidad o incluso posibilidad, a través de una conducta alternativa ajustada a derecho¹¹⁸. La cuestión consiste en saber si hay que admitir homicidio imprudente en el caso en estudio, o si por el contrario hay que absolver al médico, o bien, si se pueden formular diferentes soluciones según la probabilidad de que no se hubiera producido el resultado con un comportamiento conforme lo ordenado¹¹⁹.

La comparación de la conducta del autor con la hipotética del razonable y cuidadoso, es un método de ayuda para decidir si el resultado supone la realización de la infracción del deber objetivo de cuidado¹²⁰. Este mecanismo ha generado una constelación de polémicas en el ámbito práctico y dogmático que hasta ahora no ha logrado unidad acerca de su tratamiento y que se originan a partir de la jurisprudencia del Tribunal del Imperio¹²¹. No puede prescindirse entonces, de hacer mención a algunos casos emblemáticos de la jurisprudencia alemana que han puesto de manifiesto la temática en cuestión.

El que más ha prestado atención en la doctrina Alemana y Española, es el caso del Imperio¹²², en el año 1926. Consiste en que un médico empleó cocaína para anestesiar localmente a un niño, omitiendo utilizar la novocaína, como exigía entonces la *lex artis*, muriendo el paciente a consecuencia de la anestesia y de su disposición física desfavorable, aunque

¹¹⁸ ROXIN, CLAUS, op. cit. p. 110.

¹¹⁹ *Ibid.* p.347.

¹²⁰ Cfr. FEIJÓO, Bernardo. op. cit., p. 128.

¹²¹ ROXIN, Claus. op. cit., p.345.

¹²² RGSt. 555/26, dado a conocer por Exner, en Frank-FG I, p.583, en GIMBERNAT, Enrique. *El comportamiento alternativo conforme a Derecho*. Buenos Aires. p.8; ROXIN, Claus. *Sistema del hecho punible/1. Acción e imputación objetiva*. Buenos Aires. p.346.

posiblemente habría fallecido también si se le hubiera aplicado la novocaína científicamente indicada¹²³.

Ud[Á&e [Á^|çã] c Ê•Á|Á^} [{ ã œ [Á|Á^|Á&e|ã]ã Ê•Á^~^Á^Á [&] 5Á|Á Tribunal del Im333perior en el año 1929¹²⁴: El acusado había comprado a una firma comercial china pelo de cabra para la fabricación de pinceles y, pese a que la firma comercial le había comunicado que tenía que desinfectarlos, ordenó que sus trabajadores los transformaran sin previa desinfección. Producto de ello, cuatro trabajadoras resultaron contagiadas por bacilos de carbunco y murieron. Según las declaraciones del perito posiblemente habrían muerto aunque se hubiera realizado la desinfección, porque los desinfectantes permitidos no habrían ofrecido suficientes garantías de que tales pelos estuvieran realmente libres de gérmenes¹²⁵.

Ud[Á|{] [Á œãã { | œ Ê•Á|Á^} [{ ã œ [Á&e [Á^|Á&e|ã]ã : * œ [Á | Á|Á Tribunal Supremo Federal en el año 1957¹²⁶, donde el conductor de un camión al adelantar a un ciclista no guardó la distancia de separación exigida legalmente. Producto de la maniobra, lo atropella con las ruedas delanteras del vehículo causando el resultado de muerte. Sin embargo, se pudo establecer *ex post* que debido a la embriaguez de la víctima, posiblemente ésta también habría caído bajo las ruedas del camión, y perecido aunque el chofer hubiera adelantado correctamente¹²⁷.

Lo que tienen en común estos casos es que se llega a la conclusión que la circunstancia de producirse igualmente el resultado lesivo con una acción correcta debe llevar a la absolución¹²⁸, negando la tipicidad toda vez que, para parte de la doctrina que se abordara sólo puede imputarse una omisión si la realización de la acción requerida hubiera impedido el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad¹²⁹. En tal

¹²³ GIMBERNAT, Enrique. Op. Cit. p.8; ROXIN, Claus. Op. cit. p.346; FEIJÓO, Bernardo. Op. cit., p. 129.

¹²⁴ RGSt. 63, ps. 211-215. En ROXIN, CLAUS. op. cit., p.346.

¹²⁵ GIMBERNAT, ENRIQUE. op. cit., p.8; ROXIN, CLAUS. op. cit., p.346; FEIJÓO, Bernardo. Op. cit., p. 129.

¹²⁶ BGHSt. 11, ps. 1-7, en ROXIN, CLAUS. op. cit., p.345.

¹²⁷ GIMBERNAT, ENRIQUE. op. cit. p.8; ROXIN, CLAUS. op. cit., p.346; FEIJÓO, Bernardo. Op. cit., p. 129.

¹²⁸ GIMBERNAT, ENRIQUE. op. cit., p.9

¹²⁹ Cfr. ROXIN, CLAUS. op. cit., p.348.

sentido, la base del examen jurídico la constituye siempre el hecho de que el acusado no ha realizado una conducta impuesta jurídicamente, a saber: el adelantamiento con la distancia reglamentaria, la desinfección prescrita de los pelos de cabra, el empleo de la novocaína, que era el indicado científicamente¹³⁰ y en lo que respecta el caso en estudio, la transfusión de sangre requerida por la *lex artis* ante tal contingencia.

Roxin ha protagonizado la discusión sobre este tema mediante la elaboración de la teoría del aumento del riesgo¹³¹, desde su postura habría que imputar el resultado al médico dado que una forma de comportamiento correcta, si bien no hubiera salvado con seguridad la vida del paciente, posiblemente lo hubiera hecho¹³². En el caso de M, la infracción del riesgo permitido al no respetar la *lex artis* ante una contingencia de urgencia médica, ha elevado de una manera jurídicamente relevante, la posibilidad de muerte¹³³. Entonces, si el médico infringe el riesgo permitido y con ello se produce el resultado como consecuencia del peligro que hay en una intervención médica, es imputable¹³⁴.

Sin embargo, la teoría mayoritaria en la actualidad, tanto en Alemania como en España, es la denominada teoría de la evitabilidad¹³⁵. Que, como se ha dicho, arriba a una solución del todo contrapuesta concluyendo a propósito de los casos de la jurisprudencia alemana señalados que el autor debe quedar impune porque si hubiera realizado la acción correcta tampoco podría haberse descartado la posibilidad de muerte.

¹³⁰ *Ibíd.*

¹³¹ ROXIN, ZStW 74. 1962. P. 411.

¹³² ROXIN, CLAUS, *op. cit.* p. 115.

¹³³ *Ibíd.* p. 111.

¹³⁴ *Ibíd.*

¹³⁵ En Alemania son partidarios de la teoría de la evitabilidad: WELZEL; PUPPE. NK; NIEWENHUIS. GEFAHR. En España: BUSTOS RAMIREZ. PG. P. 371; CERESO MIR. PG II. p. 169. CORCOY BIDASOLO. *El delito imprudente*. P. 491; MIR PUIG. PG. 11/63; SILVA SANCHEZ. ADP 87. P.588; GIMBERNAT.

3.2. Teoría de la evitabilidad

Mediante su aplicación se intenta impedir la imputación cuando la lesión es inevitable mediante una conducta alternativa conforme a derecho.¹³⁶ La tesis básica de esta teoría es la siguiente: el sujeto que causa imprudentemente un resultado no responderá mientras no se pruebe, con una probabilidad rayana en la certeza, que dicho resultado no se hubiera producido con el comportamiento alternativo conforme a derecho.¹³⁷ Es decir, la imputación del resultado requiere que se pueda establecer, desde una perspectiva *ex post*, que la conducta indicada e idónea *ex ante* habría logrado evitar el resultado con una probabilidad con alto grado de seguridad.¹³⁸ En caso contrario, no sería seguro que el riesgo no permitido se habría realizado y el autor tiene que ser absuelto en aplicación del principio *in dubio pro reo*.¹³⁹

El razonamiento de esta postura parece comprensible: si entre imprudencia de la conducta y resultado ha de existir una específica relación, de tal manera que el resultado sea la manifestación de la lesión del deber objetivo de cuidado, habrá que negar en el supuesto concreto la existencia de dicha relación cuando, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, el resultado también se hubiera producido con el comportamiento correcto.¹⁴⁰ La conclusión desde esta perspectiva parece tan evidente que no se suele profundizar en su justificación,¹⁴¹ la idea que el fundamento del tipo imprudente no se encuentra en el comportamiento efectivo y realmente llevado a cabo, sino en el incumplimiento de la conducta debida, trae como consecuencia la necesidad de utilizar como criterio de imputación del resultado a título de imprudencia el método de comparar la conducta violadora del deber de diligencia con la hipotética conducta alternativa adecuada a derecho.¹⁴²

La comparación de la conducta del autor con la hipotética de un sujeto razonable es un método de ayuda para decidir si el resultado supone la realización de la infracción

¹³⁶ Cfr. FEIJÓO, Bernardo. op. cit. p. 131.

¹³⁷ Cfr. MARTINEZ, Margarita. op. cit., p. 197.

¹³⁸ Cfr. BOLEA, Carolina. op. cit., p.5.

¹³⁹ ROXIN, Claus, op. cit. p. 112.

¹⁴⁰ MARTINEZ, Margarita. op. cit., p. 197.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² FEIJÓO, Bernardo. op. cit. p. 127.

del deber objetivo de cuidado. Sin embargo, no toda comparación hipotética va a ser relevante para la determinación del tipo, sino sólo aquella que se relaciona con el cumplimiento de ciertas normas de cuidado y con el riesgo permitido en relación a la situación concreta.

Ahora bien, para los defensores de la teoría de la evitabilidad no existe acuerdo sobre cuál es el grado de probabilidad o de posibilidad preciso para determinar que el comportamiento correcto hubiera causado el mismo resultado que produjo la acción imprudente y, con ello por ausencia de imputación objetiva, pueda declararse al autor exento de responsabilidad criminal. Sin embargo, la fijación de ese grado es absolutamente imprescindible para determinar si existe o no imputación objetiva del resultado.¹⁴³

Gimbernat, clasifica los criterios para determinar el grado de certeza o probabilidad en evitabilidad estricta, amplia y extrema de acuerdo al desarrollo de la jurisprudencia en Alemania señalada¹⁴⁴. En un primer momento del desarrollo de la teoría de la evitabilidad mediante la jurisprudencia del Tribunal del Imperio¹⁴⁵, se consideraba que para absolver al sujeto, hay que exigir que el comportamiento correcto hubiera llevado al mismo resultado con seguridad en términos estrictos.¹⁴⁶

Las posteriores tomas de posición¹⁴⁷ se alejan de un criterio tan restringido y se conforman, para excluir la responsabilidad del autor, con que la conducta correcta hubiera causado la lesión del bien jurídico con una probabilidad o posibilidad más o menos elevada dado que exigir necesariamente que el comportamiento correcto también habría producido el resultado con seguridad, o con una probabilidad rayana en la seguridad es un criterio tan riguroso que se vería lesionado el principio *in dubio pro*

¹⁴³ Cfr. GIMBERNAT, ENRIQUE. op. cit. p.16.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ Tanto en el caso de la *Reich casa* la sentencia en la que se absolvía al procesado y en su reemplazo condena al autor,] [! ~ ^ Á [Á e e a e a] ^ Á [• a a a a Á ^ Á a a a Á Á • [a a [Á e a a. Á) & e [Á ^ Á {] [e a m i e n t o a c ^ i) a a [Á] - [{ ^ Á a Á ^ ^ & Q + Á c a a) a [Á) Á ^ Á * a Á a Á ^ * ! a a Á Á Á ^ [• Á a] ! a a a a Á ! a e a Á Á Á Á ^ * ! a a + Á Ú Ó Ú Á Á • B G F F - 2 1 5 . R G S t . 5 5 5 / 2 6 .

¹⁴⁶ GIMBERNAT, ENRIQUE. op. cit. p.18.

¹⁴⁷ El Bundesgerichtshof (BGH) en el caso del ciclista niega la existencia del nexo causal entre acción y resultado y absuelve al camionero. BGHSt. 11, ps. 1-7.

reo.¹⁴⁸ Este enfoque se desarrolla en el contexto de una teoría amplia (mayoritaria) de la evitabilidad, con toda clase de variantes, desde quienes exigen que el resultado también se habría producido con la acción correcta, o con alguna probabilidad, hasta aquellos que consideran suficiente la posibilidad más o menos elevada¹⁴⁹ de que la acción conforme a derecho hubiera llevado al mismo resultado.¹⁵⁰

Otros autores¹⁵¹, desde una perspectiva extrema de la evitabilidad aunque minoritariamente, llevan la aplicación del principio *in dubio pro reo* hasta sus últimas consecuencias: si se considera que, para que se pueda afirmar la existencia de un delito imprudente, se requiere la concurrencia de un comportamiento imprudente en relación de causalidad con el resultado, es necesario, además que ese resultado no se hubiera producido también con el comportamiento alternativo conforme a derecho. Esta última exigencia sería un elemento del delito imprudente que tendría que constar con la misma seguridad que se exige respecto de los otros dos elementos a saber, la imprudencia de la conducta y la relación de causalidad¹⁵². Por ello, el límite no habría que fijarlo en la posibilidad de que el comportamiento correcto hubiera podido causar el mismo resultado, sino que debe ser seguro, para poder condenar al autor, que ese comportamiento alternativo correcto no habría causado la misma lesión del bien jurídico que provocó el imprudente.¹⁵³

¹⁴⁸ GIMBERNAT, ENRIQUE. op. cit. p.20.

¹⁴⁹ En este sentido destaca: MEZGER, JZ 1958. P.281; HARDWIG, JZ 1968. p. 292; ULSENHEIMER, 1965, p. 77 Y SS; SAMSON, 1972. p. 47; KULSSMANN, NJW 1973. P.1097; PUPPE, JUS 1982. P.665; KRÜMPELMANN, Jeschek-FS 1985. p. 665; ZAFFARONI /ALAGIA /SLOKAR. PG. 2000. p. 534; BAUMAN / WEBER. AT, 9° ed. 2003. En GIMBERNAT, ENRIQUE. op. cit. p.20.

¹⁵⁰ Cfr. GIMBERNAT, ENRIQUE. op. cit. p.20.

¹⁵¹ EXNER, Franz-FG. 1939, p.588; SCHÖNKE/SCHRÖDER. Cfr. StGB 13° ed. 1967; WELZEL. V. Strafrecht, 11° ed. 1969, p.136; JACOBS. Cfr. 1996, p.197; JESCHECK. Cfr. LK, 11° ed. 2003; BUSTOS/HORMAZABAL. PG, 2006, p.318; KINDHÄUSER. AT, 4°ed. 2009. En GIMBERNAT, ENRIQUE. op. cit. p.24-25.

¹⁵² GIMBERNAT, ENRIQUE. op. cit. p.22.

¹⁵³ *Ibid.* p.23.

3.3. Teoría del Aumento (o incremento) del Riesgo

Desde otra perspectiva, con el objeto dar solución a la problemática de las conductas alternativas conforme a derecho. Roxin, en su artículo sobre infracción del deber y el resultado en los delitos imprudentes¹⁵⁴, plantea la necesidad de establecer limitaciones político-criminales satisfactorias que eviten soluciones injustas en los casos en que se deba determinar el especial nexo requerido entre conducta y resultado. Ya no desde el plano de la causalidad de la infracción del deber, sino de acuerdo con una interpretación teleológica de los tipos penales¹⁵⁵, que implica delimitar infracciones del deber de cuidado que fundamentan el tipo, de las infracciones del deber que son irrelevantes para el tipo¹⁵⁶.

Sobre la base de la jurisprudencia Alemana referida en los apartados anteriores -caso del ciclista, novocaína y pelos de cabra-, Roxin plantea la siguiente interrogante: ¿Cómo se puede reconocer si una infracción del cuidado que va acompañada de una acusación de muerte fundamenta o no un homicidio imprudente?¹⁵⁷ Para contestarla propone el siguiente procedimiento: Examínese qué conducta no se le hubiere podido imputar al autor según los principios del riesgo permitido como infracción del deber; compárese con ella la forma de actuar del procesado, y compruébese entonces si en la configuración de los hechos a enjuiciar la conducta incorrecta del autor ha incrementado la probabilidad de producción del resultado en comparación con el riesgo permitido. Si es así, habrá una lesión del deber que encajará en el tipo y habrá que castigar por delito imprudente. Si no hay aumento del riesgo no se le puede cargar el resultado al agente, que, en consecuencia, debe ser absuelto¹⁵⁸.

En caso de duda sobre si el riesgo no permitido se ha realizado en el resultado, éste se imputa si se constata que el cumplimiento de esa regla de peligro abstracto hubiera disminuido el riesgo o servido para aumentar las oportunidades de supervivencia

¹⁵⁴ ZSTW 74. 1962.

¹⁵⁵ Cfr. FEIJÓO, BERNARDO. op. cit. p. 163.

¹⁵⁶ *Ibíd.*

¹⁵⁷ Cfr. ROXIN, CLAUS. op. cit. p.348.

¹⁵⁸ *Ibíd.*

del bien jurídico protegido en peligro¹⁵⁹. En tal sentido, el autor de los hechos carga con la duda y por tanto lo perjudica si no se puede probar que la norma era absolutamente inidónea en ese caso concreto¹⁶⁰, de lo contrario, significaría dividir un riesgo en una parte permitida y en otra no permitida para analizar la realización del peligro en cada parte de manera aislada¹⁶¹. Sin embargo, el riesgo es uno sólo.

Como fundamento de su teoría, Roxin apela al principio de igualdad¹⁶², planteando que una conducta que no rebasa el riesgo permitido, que no incrementa el peligro de producción del resultado, ha de ser juzgada en este aspecto del mismo modo que la conducta no prohibida. Por el contrario, el incremento del peligro que aún se toleraba, hace que la balanza se incline a favor de la protección de bienes jurídicos y que consecuentemente sea imprudente la producción del resultado¹⁶³. Toda vez que el error del facultativo al lesionar el deber de cuidado sería del relevante para la configuración del tipo homicidio imprudente¹⁶⁴.

3.4 Críticas a la teoría de la evitabilidad

Como ha puesto de manifiesto un sector de la doctrina¹⁶⁵, la evitabilidad o no del resultado con el comportamiento alternativo conforme a derecho es irrelevante¹⁶⁶. Si bien, considera que todos los intentos de solución de esta teoría tienen algo convincente a primera vista, expresa que esas posturas no dan una fundamentación sólida y, que también sus resultados prácticos, analizados con detalle manifiestan una serie de dudas¹⁶⁷.

Al respecto, ese sector de la doctrina concluye que este método conduce inexplicablemente a la impunidad cuando, a pesar de que alguien mata o lesiona, existen otros riesgos que han anulado las posibilidades de supervivencia de un determinado

¹⁵⁹ FEIJÓO, BERNARDO. op. cit. p. 167.

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ ROXIN, CLAUS, op. cit. p. 112.

¹⁶² MARTINEZ, Margarita. op. cit., p. 211.

¹⁶³ ROXIN, CLAUS. op. cit., p.373.

¹⁶⁴ *Ibid.* p.348.

¹⁶⁵ JAKOBS, suplemento a ZSTW 74, PP. 26; JAKOBS, ADP 89, pp. 1055 ss., 1064; LAMPE, ZSTW 101, P. 30; PUPPE, nk, 13/85; RANFT, NJW 84, pp. 1425 ss. en FEIJÓO, BERNARDO. p. 132.

¹⁶⁶ MARTINEZ, Margarita. op. cit., p. 210.

¹⁶⁷ ROXIN, CLAUS. op. cit., p.358.

objeto material¹⁶⁸: el adelantamiento, los pelos de cabra envenenados, la acción de suministrar una sustancia equivocada o de no efectuar la acción requerida por la *lex artis*. Pues, sería absurdo fundamentar que no se pueda imputar un resultado cuando la lesión es inevitable mediante una conducta adecuada a Derecho¹⁶⁹.

Sólo el elemento de la realización del peligro introducido por Engisch¹⁷⁰ -que nadie más ha aceptado- supone un paso adelante. En la evolución de la teoría de la evitabilidad, este autor desarrolla su perspectiva de la evitabilidad al ocuparse del caso de la novocaína y opina que si la aplicación del anestésico correcto hubiera provocado igualmente la muerte, la realización del peligro latente en la cocaína no puede suponer para el médico una responsabilidad mayor que aquella que hubiera supuesto la realización del peligro que implica la novocaína¹⁷¹. Si bien, no niega en absoluto que se haya realizado el peligro que encierra la cocaína sólo que se limita a alegar que sería injusto castigar al médico cuando también la novocaína hubiera provocado la muerte¹⁷². En consecuencia, no es decisiva la idea de la realización del peligro, por el contrario, lo que resulta claro es que en principio su postura, al igual que otros planteamientos sobre la evitabilidad, se basan exclusivamente en un sentimiento de evidencia bastante irreflexivo: se siente que es injusto que alguien sea castigado por una infracción del cuidado, aunque el resultado también se hubiera producido con una conducta adecuada.

Sin embargo, los partidarios de la teoría de la evitabilidad frente a estas consideraciones, aclaran señalando que la realización del riesgo es la consecuencia lógica de la previsibilidad objetiva como elemento intelectual del deber objetivo de cuidado, así el criterio de la conducta alternativa correcta no pretende determinar si el resultado es realización de un riesgo creado por el autor, sino que sea precisamente ese riesgo no permitido el que constituye la infracción del deber y con ello la realización del resultado¹⁷³. Entonces, se ha pretendido combatir con este tipo de criterios es la idea

¹⁶⁸ Cfr. FEIJÓO, BERNARDO. p. 132.

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, ps. 66-67. En ROXIN, CLAUS. op. cit., p.359.

¹⁷¹ ROXIN, CLAUS. op. cit., p.359.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ FEIJÓO, BERNARDO. p. 135.

versarista de que todo el que se comporta mal ha de responder de toda consecuencia lesiva¹⁷⁴.

Desde el punto de vista práctico, Roxin afirma que el problema de la teoría de la evitabilidad estriba en el hecho de que la mayoría de las veces no es seguro en absoluto que el resultado no se hubiera producido con una conducta conforme lo ordenado¹⁷⁵. Por regla general sólo se puede indicar la mayor o menor posibilidad de ello. Y cuanto menos probable sea que se hubiera producido el resultado aun con una conducta irreprochable, tanto menos convencerá la absolucón al sentimiento jurídico: si se puede comprobar que presumiblemente -aunque no sea con una probabilidad rayana en la seguridad- todo hubiera ido bien guardando la debida distancia de separación en el adelantamiento que efectúa el chofer del camión en el caso del ciclista, desinfectando los pelos de cabra, empleando la novocaína, no se ve razón por la cual no habría que reprochar la conducta prohibida al autor. Entonces, ¿podría el autor exonerarse de toda responsabilidad penal alegando que es posible que de todos modos, dada la dificultad del caso, también hubiera causado la muerte?, a juicio de Roxin, no es posible sostener que por existir la posibilidad de producción del mismo resulta se exima de responsabilidad criminal a quien ha causado la lesión¹⁷⁶.

Concluyen los críticos de la teoría de la evitabilidad que en su aplicación sólo cabe la elección entre un resultado insostenible teóricamente o un resultado insostenible en la práctica. Limitándose esta postura a absolver a quien actúa infringiendo el cuidado debido sin fundamentación razonable, pese a existir posibilidades de salvación del bien jurídico con una conducta alternativa conforme a Derecho (teóricamente posible pero materialmente injusta).

3.5 Críticas a la teoría del incremento del riesgo

Los partidarios de la teoría de la evitabilidad critican la teoría del aumento del riesgo en base a dos clases de argumentos: reprocha a ésta, en primer lugar, que

¹⁷⁴ FEIJÓO, Bernardo. p. 135.

¹⁷⁵ ROXIN, Claus. op. cit. p.359.

¹⁷⁶ *Ibíd.* p. 160.

convierte a los delitos de lesión en de delitos de peligro¹⁷⁷ y, en segundo lugar, que infringe el principio *in dubio pro reo*¹⁷⁸.

La primera objeción se funda en que, según la teoría del incremento del riesgo, el concepto central de los delitos de resultado no es la lesión, sino la puesta en peligro de la víctima. Entonces, la esencia del delito no reside en la producción de un resultado jurídicamente desaprobado, sino en la infracción de una norma de comportamiento que regula el curso causal.¹⁷⁹ Con la constatación de un incremento del riesgo, se dice, sólo se está probando que ha existido una puesta en peligro mayor que la permitida, pero no que sea dicha puesta en peligro se ha realizado en el resultado¹⁸⁰.

Sobre esta idea, Ebert/Kühl señalan: «La teoría del incremento del riesgo, el concepto central de los delitos de resultado no es la lesión, sino la puesta en peligro de la víctima. La esencia del delito no reside en la producción de un resultado jurídicamente desaprobado, sino en la infracción de una norma de comportamiento que regula el curso causal. Hay que dudar, sin embargo, de que con ello se esté acertando con el sentido de precisamente los delitos de resultado, de que su concepto central sea realmente la puesta en peligro y no, más bien, la lesión de la víctima, de que esos delitos de resultado estén basados en prohibiciones de incremento del riesgo y no en prohibiciones de lesión que penalicen la mera infracción de deberes de diligencia. Por consiguiente, la objeción más importante contra la teoría del aumento del riesgo es la de que, *contra legem*, convierte a los delitos de lesión en delitos de peligro»¹⁸¹.

La segunda crítica, refiere que la teoría del aumento del riesgo infringiría el principio *in dubio pro reo*. Desde la premisa procede la absolución siempre que la conducta imprudente causante de resultado típico no haya supuesto un peligro mayor de producción del resultado que el que habría encerrado la conducta alternativa

¹⁷⁷ Son partidarios de esta objeción SAMSON. Jura, 1979, p. 572; SCHLÜTER. JUS 1977, p.106N°61; KAUFMANN. V. JESCHECK-FS. 1985, p.280 N°24; FEIJO. 1994, pp.253-254; WESSELS/BEULKE/SATZGER. AT, 43° ed. 2013, p.199; MURMANN. AT, 2° ed. 2013, p.109, entre otros.

¹⁷⁸ MARTINEZ, Margarita. op. cit., p. 214.

¹⁷⁹ GIMBERNAT, Enrique. op. cit. p.53.

¹⁸⁰ SCHLÜCHTER, JA 1984, p. 676; ULSSENHEIMER, JZ 1969, p. 366-367. En MARTINEZ, Margarita. op. cit., p. 218.

¹⁸¹ EBERT/KÜHL JURA 1979, p.572. en GIMBERNAT, ENRIQUE. op. cit. p.53.

conforme a Derecho. Nunca podremos averiguar si hubiera encerrado el mismo riesgo de lesión que la incorrecta efectivamente ejecutada o si hubiera aumentado las probabilidades de salvación porque es algo hipotético que no ha ocurrido en la realidad, por lo que si se toma en serio el principio *in dubio pro reo* siempre debemos llegar a la absolución del acusado.

Ulsenheimer¹⁸², critica la postura de Roxin dado que afirma una lesión siempre que se da un aumento del peligro, implica negar la relevancia de la infracción del deber cuando el riesgo de producción del resultado no se ha incrementado de manera de concretar la realización del riesgo en el resultado. Si el aumento del riesgo representa una circunstancia, que, bien como elemento de la antijuridicidad, bien de la culpabilidad, fundamenta la punibilidad del autor,¹⁸³ pertenece sin lugar a dudas, a los presupuestos del delito, que, según el principio fundamental del proceso penal *indubio pro reo*, y antes de que pueda producirse un pronunciamiento de culpabilidad, debe constar para la convicción del tribunal con una probabilidad rayana en la seguridad.¹⁸⁴

En palabra de Gimbernat, el aumento del peligro de una actuación imprudente debe ser afirmado mientras no se demuestre su ausencia. Pero es insostenible aceptar la inversión de la carga de la prueba que con ello se pondría de manifiesto para el acusado, quien tendría que acreditar que la conducta correcta es inidónea para evitar el resultado¹⁸⁵.

3.6 Análisis del caso hipotético

De los antecedentes expuestos, sabemos que la autopsia efectuada por el servicio médico legal proporciona cierto grado de probabilidad, que de haber actuado conforme a derecho las probabilidades de salvación aumentarían en un 30%. En tal sentido cabe preguntarse lo siguiente ¿Qué relevancia posee para la imputación objetiva del resultado de muerte, que la pericia dé cuenta de posibilidades de salvación? ¿Debe

¹⁸² ULSENHEIMER, JZ 1969, p.367; SAMSON, 1972, pp- 47-48. En GIMBERNAT, ENRIQUE. op. cit. p.59.

¹⁸³ GIMBERNAT, Enrique. op. cit. p.59.

¹⁸⁴ *Ibíd.*

¹⁸⁵ *Ibíd.*

responder M aunque se pruebe o sospeche que la lesión no se habría evitado en el caso de que se hubiera comportado correctamente?¹⁸⁶

A partir del análisis desarrollado en los apartados anteriores podemos afirmar la relación normativa entre la realización de la conducta y la producción del resultado en el ámbito de la causalidad. La imputación de la muerte de P al médico responde a una consecuencia efectiva del actuar omisivo al no efectuar la transfusión de sangre en los términos que la *lex artis* ordena practicar ante contingencias médicas como la que se veía enfrentado M. De igual manera, se puede afirmar que el resultado de muerte, ha sido previsible en términos objetivos para el facultativo, dado que perfectamente como profesional del área debía considerar *ex ante* la producción del resultado atendida su expertiz en el ramo.

El problema que se presenta en el caso en estudio para imputar a M en calidad de autor, el delito de homicidio imprudente radica en que, al comparar la conducta infractora con el comportamiento alternativo conforme a derecho, no resulta pacífico determinar dicho nexo normativo al contar con un antecedente *ex post* que indica que las posibilidades de salvación de la víctima solo aumentarían en un 30%. Es decir, existe un antecedente que permite cuestionar la realización del riesgo en el resultado mediante el empleo de un curso causal hipotético, de manera que imaginándose que hubiera ocurrido si el autor se hubiera comportado de una manera diferente a como lo hizo¹⁸⁷ no habría certeza de que el riesgo creado por el médico sea efectivamente el que se ha concretado en el resultado. En el ámbito de los delitos imprudentes, la doctrina dominante piensa que falta la relación de riesgo cuando con seguridad, probabilidad, o posiblemente, el resultado concreto también se hubiese producido con el comportamiento conforme a derecho¹⁸⁸.

En efecto, la evaluación de la realización del peligro procede de tal manera que el curso realmente ocurrido, debe ser medido bajo un segundo juicio de peligro que debe tener lugar luego de ponderar la omisión del autor¹⁸⁹. En tal sentido surgen las siguientes

¹⁸⁶ Cfr. MARTINEZ, Margarita. op. cit., p. 193.

¹⁸⁷ Cfr. RODRIGUEZ, María José. op. cit., p.151.

¹⁸⁸ *Ibid.* p. 152.

¹⁸⁹ Cfr. ROXIN, Claus, op. cit. p. 99.

interrogantes ¿es la omisión -infracción a la *lex artis*- una conducta que ha determinado la muerte de P? o acaso ¿Este comportamiento negligente de M ha elevado de manera jurídicamente relevante las posibilidades de concreción del resultado de muerte?, ¿Qué hubiese ocurrido si el potencial autor se hubiese comportado conforme al deber de conducta?

Se puede apreciar entonces, que la verificación del requisito de la realización del peligro representa un asunto más difícil de resolver en este tipo de supuestos, ya que para responder a dichas interrogantes, hay dos cuestiones que necesariamente deben ser dilucidadas¹⁹⁰. Por una parte, hay que aclarar qué circunstancias alternativas pueden considerarse para determinar la responsabilidad penal de M. Por otra parte, se debe dilucidar qué grado de probabilidad es necesario para afirmar la relación de contrariedad al deber¹⁹¹.

Si consideramos la descripción del tipo contenida en el artículo 491 del C.P. debemos saber que la conducta que se le imputa al médico es haber causado mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión. Ello implica, que la conducta alternativa que debe compararse con el actuar negligente es precisamente haber actuado conforme ordena la *lex artis*, efectuando la transfusión de sangre ante tal contingencia. Ahora bien, si consideramos más razonable una perspectiva amplia de la evitabilidad adoptando una posición intermedia para determinar el grado necesario de evitabilidad y así fundar la imputación objetiva, se debe exigir seguridad o una probabilidad rayana en la seguridad, de que la acción conforme a derecho habría evitado el resultado. Si valoramos ese 30% de posibilidades de salvación como un criterio cierto de evitación del resultado, entonces M debe ser absuelto por el eventual homicidio imprudente. Porque, la producción del mismo resultado con la aplicación de la medida conforme a la *lex artis*, es una posibilidad más o menos remota, que en ningún caso proporciona una certeza o una probabilidad rayana en la seguridad, de tal manera que, esa práctica que se exige permite no imputar objetivamente el resultado al autor.¹⁹² En

¹⁹⁰ CONTRERAS, Lautaro. *Tratamiento penal de los casos de concurrencia de riesgos en el tráfico rodado a través de la teoría de la imputación objetiva del resultado*. Revista de estudios de la justicia. (30). 2019. p. 99.

¹⁹¹ *Ibíd.* p.100.

¹⁹² CONTRERAS, Lautaro. 2019. p.17.

cambio, si se defiende que, para fundar la imputación objetiva, basta con la mera probabilidad o posibilidad de que el resultado se hubiera producido con la acción correcta, el médico debe ser condenado, sin perjuicio que sea poco probable que con la acción correcta pueda haber sobrevivido.¹⁹³

Desde la perspectiva de la teoría del aumento del riesgo y según los principios del riesgo permitido, la conducta que no se le podría haber imputado a M es haber realizado la transfusión de sangre conforme ordena la *lex artis*. Si comparamos el actuar prudente con la forma de actuar del médico, quien pese a su formación profesional ha prescindido de una práctica común en situaciones de urgencia y, teniendo presente que mediante el informe del servicio médico legal se constata que el cumplimiento de esa regla de peligro abstracto que mandata un comportamiento hubiera servido para aumentar las oportunidades de salvación. M debe ser condenado por homicidio imprudente.

Es decir, si el paciente muere con ocasión de una intervención médica de urgencias ante un cuadro de riesgo vital, ello se debe en cualquier caso al peligro de esa maniobra¹⁹⁴. Sin embargo, el legislador permite a los profesionales del área de la salud correr ese riesgo cuando el peligro de llevarla a cabo, visto de un modo general y *ex ante*, pretende salvaguardar un bien jurídico¹⁹⁵. Si a pesar de ello se produce el resultado, el legislador tiene que renunciar a imponer una pena porque había aceptado ese riesgo¹⁹⁶. Pero sería totalmente desacertado suponer que la producción del resultado mediante una conducta que conlleva un riesgo superior, como la inobservancia de efectuar una transfusión de sangre conforme establece la *lex artis*, pueda quedar impune sólo porque quizás también se hubiera producido el resultado en caso contrario¹⁹⁷. Este riesgo prohibido por completo niega toda posibilidad de aplicación al principio *in dubio pro reo*¹⁹⁸.

¹⁹³ *Ibíd.*

¹⁹⁴ Cfr. ROXIN, Claus. *op. cit.*, p.373.

¹⁹⁵ *Ibíd.*

¹⁹⁶ GIMBERNAT, Enrique. *op. cit.*, p.27.

¹⁹⁷ Cfr. GIMBERNAT, Enrique. *op. cit.*, p.27.

¹⁹⁸ Cfr. ROXIN, Claus, *op. cit.* p. 113.

4. Toma de postura y conclusiones finales

La problemática de las conductas alternativas conforme a derecho se presenta en el caso en el caso en estudio con el antecedente del servicio médico legal que indica que de haber actuado M conforme a la *lex artis*, las probabilidades de salvación del paciente habrían aumentado en un 30%, lo que da cuenta que *ex post* el resultado se hubiera producido igualmente con una conducta diligente del autor.

Se trata de una figura polémica en que atendida la posición de garante de M al atender una situación de urgencia y que producto de su actuar negligente permite afirmar la existencia de relación de causalidad material, pero que, a su vez carece de relevancia por ausencia de causalidad jurídica. Es decir, de un nexo causal en sentido penal, entre la conducta imprudente y el resultado. En el caso expuesto no se plantea duda alguna sobre la existencia de nexo causal entre la falta de intervención médica y la muerte, pero si sobre la infracción de deber y el resultado, sobre la base de la inevitabilidad de éste.

Entre la infracción de la norma de cuidado y el resultado debe establecerse una relación de sentido normativo, que se excluye cuando aparece un nuevo riesgo que desplaza al inicial o que se podría haber adelantado al mismo (incertidumbre)¹⁹⁹. En casi de duda razonable, acerca de cuál de los riesgos se ha podido realizar en el resultado . negligencia médica o especial condición del paciente- no cabe imputar el resultado al riesgo no controlado por el agente. La mera constatación fáctica de que se ha producido el resultado no es suficiente, dado que, como se ha dicho, es necesario establecer una relación de sentido normativo que permita conectar el resultado con el comportamiento activo u omisivo penalmente desaprobado²⁰⁰.

Invocar el principio *indubio pro reo* como elemento del tipo significa eximir de responsabilidad penal a quien ha rebasado el riesgo permitido contribuyendo de tal manera en la realización del resultado²⁰¹. Pero ello, solo es aceptable cuando se constate

¹⁹⁹ BOLEA, Carolina. op. cit., p.20.

²⁰⁰ *Ibíd.*

²⁰¹ *Ibíd.*

que con una probabilidad rayana en la seguridad que la conducta alternativa ajustada a Derecho habría evitado el mismo resultado.

En efecto, el resultado debe ser la materialización de la lesión de la diligencia debida y los eventuales efectos del comportamiento alternativo prudente. Al sujeto ha de juzgársele por lo que realmente aconteció y no por lo que hipotéticamente pudo ocurrir²⁰². La correspondencia normativa entre comportamiento y resultado en los delitos imprudentes de lesión deben establecerse mediante un nexo entre elementos de diferente naturaleza: la lesión del deber de cuidado -factor normativo- y resultado de naturaleza fáctica. El deber del autor deberá establecerse *ex ante* mediante la previsibilidad del resultado y la situación fáctica deberá vincularse con la exigencia de protección de la víctima. Tanto los factores que constituyen la base del deber como la base de la pretensión del paciente han de ser constatados con seguridad de acuerdo a las perspectivas de desenvolvimiento de ambas situaciones.

Conforme a lo razonado, sólo cabe concluir en relación a lo prescrito en el artículo 491 del C.P. que el médico pudo haber contribuido en el resultado de muerte del paciente producto de su comportamiento negligente, pero no hay certeza ni seguridad rayana en la certeza que de haber actuado correctamente la vida de M se hubiera salvado por lo que solo cabe la solución de absolución, y ello no se debe a que no ha disminuido las posibilidades de supervivencia sino a la valoración pericial que cabe realizar al informe del servicio médico legal que da cuenta que de haber efectuado la transfusión de sangre lo más seguro es que el resultado también se hubiera concretado por lo que en aplicación del principio *indubio pro reo* debe proceder la absolución

²⁰² Cfr. MARTINEZ, Margarita. op. cit., p. 248.

BIBLIOGRAFÍA

BALMACEDA, Gustavo. 2014. Manual de Derecho Penal; Parte general, Santiago, Librotecnia. 456p.

BOLAÑO González, Mireya. 2005. Imputación objetiva y dogmática penal, Mérida, co-edición de CDCHT de la Universidad de los Andes y FUNDACITE-Mérida. 250p.

BOLEA Bardón, Carolina. 2018. La responsabilidad penal del médico por omisión desde una teoría normativa de la evitabilidad. Barcelona. Revista para el análisis del derecho. Universidad de Barcelona. (4) 25p.

CONTRERAS, Lautaro. 2019. Tratamiento penal de los casos de concurrencia de riesgos en el tráfico rodado a través de la teoría de la imputación objetiva del resultado. Revista de Estudios de la Justicia. (N°30):95-110.

CORCOY, Mirentxu. *El delito imprudente*. Buenos Aires. Editorial B de F. 2008. p. 441.

DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA PENAL imprudencia penal médica. 2011. Santiago, Chile. 2(5).

FEIJÓO, Bernardo. 2001. Resultado Lesivo e Imprudencia. Barcelona, JM Bosch editor. 460p.

FRISCH, Wolfgang. 1995. *Tipo Penal e Imputación Objetiva*. Bacigalupo, Enrique, Dir. Trad. Madrid, Colex.

FRISCH, Wolfgang. 2004. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Cuello Contreras & Serrano González de Murillo, Trad. Madrid, Barcelona; Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales.

FRISCH, Wolfgang. 2014. Desvalorar e imputar, sobre la imputación objetiva en Derecho penal, Buenos Aires, B de F Ltda. 175p.

FRISCH, Wolfgang. 2015. La imputación objetiva del resultado; desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas, Barcelona, Atelier. 125p.

GARRIDO, Mario. 2005. Derecho Penal; Parte General Tomo II, 4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 478p.

ROXIN, Claus. 2015. Sistema del hecho punible/2. Ilícito y Justificación, Buenos Aires, Editorial Hammurabi s.r.l. 722p.

ROXIN, Claus. 2018. La imputación objetiva en el Derecho penal, Lima, Editora Jurídica Grijley. 358p.

ZAFFARONI, Eugenio. 1981. Tratado de Derecho Penal III, Buenos Aires, Ediar Sociedad Anónima Editora. 665p.

