

SERIE DOCUMENTOS

Facultad de Jurisprudencia

No. 61, ISSN: 0124-700X

BORRADORES DE INVESTIGACIÓN

Responsabilidad penal médica,
imputación objetiva y atención
médico asistencial a personas
pertenecientes a grupos
armados al margen de la ley

Francisco Bernate Ochoa



Universidad del Rosario
Facultad de Jurisprudencia

RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA, IMPUTACIÓN
OBJETIVA Y ATENCIÓN MÉDICO ASISTENCIAL A
PERSONAS PERTENECIENTES A GRUPOS ARMADOS
AL MARGEN DE LA LEY

Bernate Ochoa, Francisco

Responsabilidad penal médica, imputación objetiva y atención médico asistencial a personas pertenecientes a grupos armados al margen de la ley / Francisco Bernate Ochoa.— Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2011.

30 p. —(Borradores de Investigación; 61)

ISSN: 0124-700X

Acusación / Derecho penal / Delitos / Delitos contra la seguridad del Estado / Ética Médica / Imputabilidad / Personal Médico – Responsabilidad Profesional / I. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Administración, Facultad de jurisprudencia / II. Título / III. Serie

345.05042 SCDD 20

RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA, IMPUTACIÓN
OBJETIVA Y ATENCIÓN MÉDICO ASISTENCIAL A
PERSONAS PERTENECIENTES A GRUPOS ARMADOS
AL MARGEN DE LA LEY

Autor

Francisco Bernate Ochoa

BORRADOR DE INVESTIGACIÓN
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
EDITORIAL UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
Bogotá, D.C.
2011

Francisco Bernate Ochoa
Editorial Universidad del Rosario

Corrección de estilo
María José Molano

Diseño de cubierta
Fredy Johan Espitia Ballesteros

Diagramación
Fredy Johan Espitia Ballesteros

ISSN: 0124-700X

Todos los derechos reservados
Primera edición: Septiembre de 2011

Hecho en Colombia
Made in Colombia

CONTENIDO

I. INTRODUCCIÓN	8
II. LOS HECHOS QUE DAN ORIGEN AL PRONUNCIAMIENTO Y LA DECISIÓN TOMADA POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	9
III. EL PROBLEMA DOGMÁTICO QUE SUBYACE AL PRONUNCIAMIENTO Y POSTURAS DOCTRINALES AL RESPECTO	10
1. Presentación de la problemática.....	10
2. La teoría de la imputación objetiva: presentación	10
3. La teoría de la imputación objetiva: la creación de riesgos jurídicamente desaprobados	11
IV. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA AL CASO BAJO ANÁLISIS.....	19
1. La aceptación de la imputación objetiva en el sistema normativo colombiano.....	19
2. Aplicación de la teoría de la imputación objetiva al caso concreto.....	22
V. PARA TERMINAR.....	27
VI. BIBLIOGRAFÍA	30

RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA, IMPUTACIÓN OBJETIVA Y ATENCIÓN MÉDICO ASISTENCIAL A PERSONAS PERTENECIENTES A GRUPOS ARMADOS AL MARGEN DE LA LEY

Francisco Bernate Ochoa

A propósito de la Sentencia del 21 de mayo de 2009 proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia

Sumario. En una reciente decisión, la Corte Suprema de Justicia Colombiana condenó a un médico por haber prestado sus servicios profesionales a personas pertenecientes a un grupo armado al margen de la Ley. En el presente escrito revisamos ese fallo a la luz de la teoría de la imputación objetiva para diferir de la opinión del Alto Tribunal, por cuanto entendemos que el ejercicio de la medicina jamás constituirá un riesgo desaprobado y éste es un elemento necesario para que pueda hablarse de un delito.

Abstract. In a recent decision, the Colombian Supreme Court of Justice condemned a doctor for having given professional services to persons belonging to a armed group to the margin of the Law. In the present essay, we go over this decision through the light of the theory of the objective imputation to differ from the opinion of the High Court since we understand that the exercise of the medicine will never constitute a dismissed risk and this it is a necessary element in order to speak about a crime.

Mediante decisión proferida el pasado 21 de mayo de 2009, dentro del radicado número 27227, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia confirmó la condena proferida por un Juzgado de nuestro país –a su vez confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C.– a una pena de 36 meses de prisión y multa de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes a título de autor del delito de rebelión en contra de un médico que –según se comprobó dentro del proceso– prestó atención médico quirúrgica a heridos en combate pertenecientes a grupos armados al margen de la Ley.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente escrito analizaremos el mencionado fallo a partir de la moderna teoría de la imputación objetiva, realizando algunas consideraciones sobre los puntos de vista que asume nuestro más alto Tribunal de Justicia. Para ello, iniciamos con una exposición breve del caso y las pruebas a las que se refiere nuestro Alto Tribunal en el fallo a comentar, para posteriormente realizar algunas consideraciones dogmáticas pertinentes en punto de la teoría de la imputación objetiva y, finalmente, asumir una postura frente a esta trascendental decisión.

Se trata pues de un artículo que inicia con una sección descriptiva para posteriormente realizar una propuesta concreta sobre una problemática que se está presentando en nuestro país, y es la prestación de servicios profesionales a miembros de grupos armados al margen de la ley. Consideramos que al ser ésta una problemática permanente en nuestro medio, este escrito puede colaborar a una solución dogmática de los asuntos que, siendo de una misma naturaleza, se presentan ante la justicia nuestra todos los días.

El presente artículo surge dentro de la necesidad latente en Colombia de generar crítica académica frente a las sentencias proferidas por nuestros Altos Tribunales; práctica común en otras latitudes pero aún desconocida en nuestro medio. Consideramos que el análisis jurisprudencial de fallos concretos, como el que aquí se propone, es necesario en un medio como el nuestro, en tanto que, por una parte, permite una difusión de los pronunciamientos jurisprudenciales y, por otra, somete las decisiones de nuestros más altos Tribunales a un escrutinio académico. Ésta es una cuestión que consideramos necesaria para la legitimación tanto social como científica de este tipo de pronunciamientos.

II. LOS HECHOS QUE DAN ORIGEN AL PRONUNCIAMIENTO Y LA DECISIÓN TOMADA POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

De conformidad con lo que se señala en el fallo objeto del presente análisis, dentro del proceso se demostró que dos subversivos adscritos a un grupo guerrillero recibieron atención médica por parte de un profesional de la salud; este último fue quien finalmente resultó condenado por nuestro más alto Tribunal de Justicia.

Según se señala en el mencionado fallo, el profesional de la salud que resultó condenado fue visto en reiteradas oportunidades en campamentos del grupo armado al margen de la Ley prestando atención médico quirúrgica a personas pertenecientes al movimiento subversivo, y se señala, así mismo, que en algunos eventos realizó remisiones a especialistas de personas pertenecientes a la insurgencia colombiana.

Se afirma en la sentencia objeto de análisis que este profesional de la salud, adicionalmente, remitió a miembros del grupo irregular medicamentos para curar la salud de miembros del referido grupo.

Nuestra Corte Suprema de Justicia señala que la participación del profesional de la salud enjuiciado y condenado fue totalmente libre y voluntaria, dejando en claro que, si bien dentro del proceso no se demostró la participación del condenado en cuadros de mando o dirección del grupo guerrillero, sí se acreditó que se dedicó a prestar atención médica a miembros del referido grupo insurgente.

Esta afirmación la realiza en el entendido que la defensa atacó los fallos de instancia alegando una supuesta insuperable coacción ajena derivada del hecho de que el referido profesional de la salud había sido, anteriormente, objeto de un delito de secuestro.

Al descartar la hipótesis de la defensa, nuestra Corte Suprema de Justicia mantiene incólume el fallo de segunda instancia, y la persona procesada es condenada a 36 meses de prisión y multa de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes como autor directo del delito de rebelión.

III. EL PROBLEMA DOGMÁTICO QUE SUBYACE AL PRONUNCIAMIENTO Y POSTURAS DOCTRINALES AL RESPECTO

1. Presentación de la problemática

Realizando un análisis a fondo del pronunciamiento, entendemos que el problema jurídico que le subyace es el siguiente: la persona que, ejerciendo su profesión, presta una colaboración a un grupo armado al margen de la ley, ¿puede ser condenada como penalmente responsable?

La cuestión no es ni mucho menos de poca importancia, pues a diario los profesionales realizan actos en desarrollo de su profesión que pueden beneficiar a personas que realizan actuaciones al margen de la Ley. Incluso, personas que operan al margen de la legalidad pueden aprovecharse del conocimiento o la actividad profesional de ciertas personas para cometer acciones tipificadas por el código penal. La pregunta que surge es entonces, si estas personas que ejercen su profesión en beneficio de sujetos al margen de la Ley, o en los eventos en los que personas se aprovechan de la actividad profesional de determinados ciudadanos, surge alguna responsabilidad penal para el profesional.

A medida que la profesionalización y la subespecialización van avanzando, el problema se incrementa, pues cualquier ciudadano podría estar expuesto a un proceso penal y, eventualmente, a una condena, si ejerce su profesión en beneficio de personas al margen de la Ley o cuando su actividad profesional sea aprovechada por terceros para cometer actividades delictivas.

2. La teoría de la imputación objetiva: presentación

A continuación resolvemos el problema planteado de acuerdo con las corrientes actuales de la teoría del delito, a efectos de indagar sobre las posibilidades teóricas que se encuentran en la doctrina para resolver asuntos como éstos.

La superación del finalismo se debió, en gran parte, a que su marcada opción por el desvalor de acción como elemento estructurante del injusto y de la determinación de los elementos del delito dependerían básicamente de la intención del sujeto actuante. El famoso caso del sobrino codicioso que desea heredar de su tío millonario, para lo cual lo convence de dar una vuelta por el bosque con la esperanza de que se produzca una tormenta y el tío fallezca, lo cual efectivamente sucede, dio lugar a la

superación del finalismo y al inicio de la consolidación de la teoría de la imputación objetiva (Cancio Meliá, 2004, p. 61).

Si bien la imputación objetiva tiene su origen en la obra de Hönl, es la versión de Roxin la que hoy en día se muestra como predominante tanto en la doctrina internacional (Roxin, 1997, p. 346), como en la colombiana (Velázquez Velázquez, 2009, p. 577).

Gracias a la irrupción y aceptación casi unánime de la teoría de la imputación objetiva en la doctrina y a su progresiva recepción en la jurisprudencia (Gómez Rivero, 2004, p. 354), se produce un redimensionamiento del tipo penal. Este escenario sufre una transformación radical, pues para afirmar la tipicidad de un comportamiento no bastará con el encuadramiento perfecto del mismo dentro de la norma primaria (Roxin, 1997, p. 363), sino que el tipo, en adelante, se concebirá como un escenario de imputación en el que lo relevante, más que la adecuación entre la norma y la conducta, es determinar los presupuestos necesarios para que un resultado pueda ser efectivamente atribuido (Rueda Martín, 2009, p. 4), imputado a un comportamiento (Roxin, 1997, p. 362).

El tipo pues, en esta nueva concepción, se normativiza y queda totalmente abstraído del componente ontológico que cargaba anteriormente con teorías como la de la equivalencia de las condiciones (Roxin, 1997, p. 346).

La teoría de la imputación objetiva –en la versión de Roxin, que denominaremos “imputación objetiva en sentido estricto”– señala que para que un resultado pueda ser objetivamente imputable a un comportamiento es necesario que entrañe un riesgo desaprobado y que éste se haya realizado en un resultado lesivo para el bien jurídico (Gómez Rivero, 2004, p. 354).

Sin perjuicio de las críticas que se pueden realizar a esta postura –críticas que surgen básicamente de las posturas finalistas (Cancio Meliá, 2004, p. 60), que no encuentran en ella un avance ni una utilidad (Rueda Martín, 2009, p. 5) y del funcionalismo que le reprocha su asistematicidad– es claro que se trata de un importante avance teórico en el sentido de avanzar en la comprensión del delito como un problema de imputación y, por ende, un problema esencialmente normativo.

3. La teoría de la imputación objetiva: la creación de riesgos jurídicamente desaprobados

A continuación nos ocupamos de la creación de riesgos desaprobados, cuestión que consideramos suficiente para expresar nuestro punto de vista sobre la Sentencia

objeto de análisis en el presente escrito. Sobre ello determinaremos su explicación, contenido y consecuencias dogmáticas.

La teoría de la imputación objetiva, recordemos, si bien tiene sus inicios en la obra de Honig (Kindhäuser, 2004, p. 31 & Roxin, 1976, p. 128) de los años treinta del siglo pasado, encuentra su auge hacia los años sesenta, lo cual no es casual sino que coincide con una serie de factores relacionados, por una parte, con el avance tecnológico y social que supuso la segunda mitad del Siglo XX, y, por otra, con la superación del paradigma resocializador y la imposición del paradigma preventivo en el derecho penal.

En cuanto a lo primero, esto es, el avance tecnológico e industrial y la masificación del automóvil, así como de otros medios masivos de transporte como el aéreo y demás, se supuso la idea de que el progreso y el desarrollo social necesitaban tolerar ciertas conductas que suponen riesgos para intereses de las personas (Jakobs, 1996, p. 104). La cuestión, entonces, era la de determinar si esos riesgos debían ser tolerados o, por el contrario, deberían ser reprimidos en aras de evitar la posibilidad de lesiones para los asociados.

En este sentido, se entiende que el legislador realiza una ponderación (Feijoó Sánchez, 2007, p. 201) y entiende que es necesario (Frisch, 2004, p. 89) permitir ciertos riesgos en aras de lograr el avance social (Roxin, 1997, p. 372) (Bacigalupo, 1997, p. 188). Por ello, permite ciertas actividades riesgosas para las personas en tanto que suponen unos beneficios para la sociedad (Roxin, 1997, p. 372). Sin embargo, el legislador no puede simplemente tolerar una actividad riesgosa y desentenderse de ella, sino que debe establecer los parámetros que reduzcan la posibilidad de que el riesgo que entraña determinada actividad se materialice en una lesión para un interés de un ciudadano (Jakobs, 1996, p. 104). En este sentido, la legislación regula la manera en que debe desarrollarse una actividad considerada riesgosa con miras a evitar su concreción en resultados lesivos (Cancio Meliá, 2004, p. 72), y a mayor riesgo, más rigurosa será la regulación sobre la conducta en concreto. Igualmente, a mayor utilidad social de la conducta, más tolerante con su realización será el ordenamiento jurídico (Feijoó, 2007, p. 202).

Así pues, en este nuevo escenario encontramos una ponderación entre el riesgo que entraña una actividad y la utilidad que la misma reporta a la comunidad (Bacigalupo, 1997, p. 188), de tal forma que el legislador tolera de manera abstracta y generalizada una conducta riesgosa en tanto que supone un beneficio social (Roxin, 1997, p. 371). La permisión de la conducta es viable en tanto que no sea posible

prever los eventuales damnificados con la realización de la misma, y para nada depende del ánimo de quien realiza la conducta. Así, a título de ejemplo, la conducción de vehículos automotores se tolera sin importar si el conductor transporta a hermanas de la caridad o a peligrosos delincuentes (Roxin, 1997, p. 372).

Planteada la institución del riesgo permitido en estos términos, podríamos encontrar una similitud entre la institución del riesgo permitido y el estado de necesidad *justificante* en el que se realiza igualmente una ponderación entre dos intereses, para sacrificar, de manera general, uno en beneficio de otro (Roxin, 1997, p. 371). Quizá esta similitud explique el hecho de que Jescheck considere que el riesgo permitido constituye una causal supralegal de justificación y que su ubicación sea no a nivel del tipo objetivo –como lo plantea Roxin (Roxin, 1997, p. 362)– sino en la antijuricidad formal (Jescheck, 2002, p. 430).

Sin embargo, consideramos que estamos frente a dos instituciones distintas, lo cual explica su diferente ubicación sistemática, como pasamos a explicar a continuación. Si bien, tanto en el estado de necesidad como en el riesgo permitido estamos frente a valoraciones que suponen la ponderación entre dos intereses, en el estado de necesidad es el Juez quien, en el caso concreto, pondera entre dos intereses para determinar si el sacrificio del interés sacrificado se encuentra justificado o no (Feijó Sánchez, 2007, p. 202). Esta ponderación, en el caso del estado de necesidad, la realiza el Juez en el caso concreto; en cambio, en el riesgo permitido, la valoración la realiza de antemano el legislador y de manera global (Feijó Sánchez, 2007, p. 201).

En segundo lugar, el quiebre del paradigma resocializador que imperaba para el inicio de la segunda mitad del siglo XX, derivado de la dificultad económica que encarna (Silva Sánchez: 1992, p. 15), así como del aporte que supuso la teoría del *labelling approach* (Silva Sánchez, 1992, p. 19), confluye en este mismo tiempo para dar paso a un derecho penal preventivo, en el que lo relevante no es la lesión de bienes jurídicos sino la prevención de comportamientos riesgosos que puedan dar lugar a esas lesiones a bienes jurídicos.

Así, lo importante en adelante, a nivel de la pena, no será la resocialización del individuo, sino que el derecho penal será el encargado de mantener los niveles de riesgo en unos niveles tolerables para el desarrollo social. Será el legislador quien determine los niveles tolerables, y de allí surge la institución del riesgo permitido (Cancio Meliá, 2004, p. 72).

En punto de la estructura del delito, la causalidad que se había erigido como el elemento central del delito, y que se entendía como suficiente para el cumplimiento del tipo objetivo (Roxin, 1997, p. 362), pierde su lugar protagónico, que será asumido, en adelante, por la imputación. Este elemento, a su vez, determinará las circunstancias que hacen que una causación sea realmente una acción típica (Roxin, 1997, 362) (Cancio Meliá, 2004, p. 23).

Así pues, como una primera conclusión, tenemos que a partir de la segunda mitad del siglo XX queda claro que la sociedad necesita convivir con el riesgo y que el derecho penal cumplirá, en adelante, una función preventiva relacionada con el mantenimiento de los niveles de riesgo dentro de unos parámetros tolerables. En contra, aquellas conductas que se mantengan dentro de los riesgos tolerados serán irrelevantes para el derecho penal.

En este escenario aparece la institución de la imputación objetiva y el consecuente redimensionamiento del tipo objetivo (Jakobs, 1996, p. 122); escenario en el cual se plantea, inicialmente, la tensión entre lo permitido y lo desaprobado. Frente a un derecho penal entendido en los términos anteriormente descritos, encontramos que, según la doctrina mayoritaria, para que pueda predicarse la tipicidad de un comportamiento es necesario que éste supere los niveles tolerables de riesgo previamente establecidos, y que esa superación se concrete en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídicamente tutelado (Roxin, 1997, p. 346).

La fundamentación del riesgo permitido en términos de ponderación de intereses no es, sin embargo, unánimemente aceptada. A continuación nos ocupamos de la cuestión para posteriormente sentar nuestra postura al respecto.

Por una parte, encontramos la postura de Roxin, para quien la institución del riesgo permitido se ubica sistemáticamente a nivel del tipo objetivo y se relaciona con *conductas riesgosas pero que de modo general se encuentran permitidas* (Roxin, 1997, p. 371). En esta postura la institución del riesgo permitido se explica mediante una ponderación de intereses en la que el legislador tolera la realización de conductas de manera global por la utilidad que las mismas representan para el desarrollo social (Roxin, 1997, p. 372).

Entiende Roxin que el riesgo permitido se ubica a nivel de tipo objetivo (Roxin, 1997, p. 371) y se relaciona con la necesidad de mantener los niveles de riesgo dentro de márgenes tolerables; de manera que lo relevante para su tesis se relaciona con la necesidad de impedir incrementos en esos niveles de riesgo, señalando, de manera

categoría, que solamente será procedente la imputación cuando se produzca un incremento en los niveles de riesgo más allá de lo permitido (Roxin, 1976, p. 128).

En aquellos eventos en que se ocasione un resultado por obrar dentro del riesgo permitido, no estaremos frente a un delito sino frente a un accidente (Gómez Rivero, 2003, p. 326). La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado no es requisito exclusivo para predicar la autoría directa en el comportamiento delictivo, sino que será igualmente un presupuesto para predicar la participación (Firsch, 2004, p. 74). Así, no puede ser cómplice de un delito quien obrando dentro del riesgo permitido favorece su comisión.

Llegando a las mismas conclusiones –atipicidad de la conducta que si bien causa un resultado lesivo se encuentra dentro de lo tolerado (Jakobs, 1996, p. 123)–, pero con una fundamentación diferente (Cancio Meliá, 2004, p. 52), Jakobs entiende que la institución del riesgo permitido no se relaciona con una ponderación –como lo afirma Roxin–, sino que tiene que ver con una configuración social que ha de ser preservada (Jakobs, 1996, p. 124).

En efecto, para Jakobs la institución del riesgo permitido determina aquello que, en tanto que perturbador de la vida en sociedad, se muestra como socialmente inadecuado (Jakobs, 1996, p. 125). Consecuente con su visión del derecho penal, Jakobs plantea que lo determinante es establecer qué era lo que se esperaba de la persona como portadora de un rol, para allí proceder a determinar la creación o no de un riesgo jurídicamente desaprobado (Jakobs, 1996, p. 133).

A partir de allí encontramos dos clases de roles: por una parte, los roles especiales, relacionados con el deber positivo de crear un mundo en común con otra persona y evitar cualquier lesión que pueda producirse a sus intereses (Jakobs, 1996, p. 133); y, por otra parte, los denominados deberes comunes, derivados de la obligación genérica de no dañar a otro y que consisten en la abstención de realizar conductas que puedan resultar en lesiones a terceros (Jakobs, 1996, p. 147).

Como se podrá ver, la diferencia radica en el fundamento de la institución del riesgo permitido, pero la consecuencia de la aplicación de esta figura será la misma: la atipicidad del comportamiento que, si bien puede causar un resultado, no supone la creación de un riesgo desaprobado. Si tenemos en cuenta que aún dentro de la visión de Jakobs el ordenamiento jurídico es el reflejo de la configuración normativa de la sociedad –la misma que la pena reafirma–, tenemos entonces que, en últimas, en este punto específico es una diferencia más terminológica que de fondo.

Desde otra perspectiva igualmente válida, Feijó plantea la fundamentación de la institución del riesgo permitido desde el principio de la *ultima ratio*, y señala que a la hora de delimitar la intervención del derecho penal debe tenerse en cuenta que otras normas extrapenales toleran, permiten o fomentan actividades idóneas para lesionar bienes jurídicos (Feijó Sánchez, 2002, p. 198). En este sentido el derecho penal no puede criminalizar comportamientos que se encuentran avalados por otras ramas del ordenamiento jurídico. Al igual que Martínez Escamilla, Feijó entiende que la institución del riesgo permitido depende de una ponderación de intereses que no la realiza ni el Juez ni el dogmático, sino una ponderación objetiva que se vincula a las utilidades que reporta la actividad en concreto (Feijó Sánchez, 2002, p. 202).

El derecho penal como un subsistema al interior del sistema normativo será el encargado de reafirmar la identidad normativa de la sociedad. En este sentido, el sistema del derecho refuerza aquellas expectativas de conducta que propugnan por el mantenimiento de la sociedad. El Derecho Penal, como *ultima ratio*, reforzará aquellas expectativas referidas a los valores más importantes para la comunidad.

A partir de allí entendemos que lo relevante en el delito no es la causación física de un resultado, sino la defraudación de una expectativa por parte de un ser racional que, mediante la comisión de un delito, desafía la vigencia de la norma. Frente a ello reacciona la pena como imposición contra fáctica de la norma, y reafirma la identidad normativa de la sociedad.

Las expectativas que se refuerzan normativamente varían de sujeto a sujeto, de lo cual surge que lo relevante no es la simple defraudación de una expectativa, sino aquello que, en el caso concreto, se esperaba de un sujeto atendiendo el rol que él mismo desempeña al interior de la sociedad. En este orden de ideas habrá expectativas que se dirigen a todos los ciudadanos por igual y que consisten, básicamente, en el deber de no dañar a terceros; y habrá expectativas especiales que se dirigen a un círculo reducido de personas en virtud del papel que desempeñan. Estas últimas se relacionan con la obligación de configurar un mundo en común con alguien y realizar aquellas acciones necesarias para evitar peligros o lesiones para esa persona.

La imputación objetiva entonces, en el criterio que aquí se defiende, no se restringe a la determinación de la causalidad, sino que es el mecanismo para determinar a quién puede serle atribuido un delito. Esto dependerá del rol que cada individuo ocupe al interior de la sociedad; rol que se encuentra configurado normativamente y que determina, insistimos, de manera normativa aquello que de él se espera.

El rol del médico, en cuanto tal, supone uno de esos deberes especiales, pues a partir de la asunción del paciente su deber no se limita a no dañarlo –como sucedería con cualquier ciudadano–, sino a efectuar todas las acciones necesarias para curar, prevenir, aliviar, rehabilitar o tratar a un enfermo. En tal sentido, cuando un médico interviene sobre un paciente, cumpliendo los requisitos legales para ello, está cumpliendo su rol, por lo que jamás podrá serle imputada la creación de un riesgo desaprobado.

Consideramos entonces, para terminar este epígrafe, que al médico le asiste un deber especial en virtud del cual debe poner al servicio de su paciente todos sus conocimientos, habilidades y destrezas para aliviar, curar o rehabilitar a la persona cuya salud se encuentra afectada (Gómez Rivero, 2004, p. 326). No le asiste al profesional de la salud un rol común, pues la comunidad espera de él algo más que lo que espera de cualquier ciudadano.

A la hora de determinar lo aprobado o desaprobado en el caso concreto, el Juez o el dogmático han de servirse de la ponderación que de manera *ex ante* ha realizado el legislador (Frisch, 2004, p. 85), y acudir a la Ley –la *lex artis* (Gómez Rivero, 2004, p. 326)– o al estándar de conducta (Jakobs, 1996, p. 133) a efectos de determinar la creación o no de un riesgo jurídicamente desaprobado como primer presupuesto de la imputación del resultado al comportamiento, que a su vez condiciona la tipicidad del comportamiento.

Como conclusiones de este primer apartado tenemos las siguientes.

1. La moderna teoría de la imputación objetiva permitió la superación de la causalidad como núcleo del delito. En adelante, el tipo de delito será entendido como un problema de atribución de responsabilidad; a su vez esta responsabilidad dependerá de criterios normativos.
2. Para que un resultado pueda ser imputado a un sujeto de derecho se requiere que él mismo cree un riesgo jurídicamente desaprobado y ese riesgo desaprobado se concrete en el resultado lesivo.
3. La institución del riesgo permitido se explica por una doble vía. Primero, la necesidad de permitir riesgos para intereses tutelados por el derecho penal por la utilidad que las conductas riesgosas suponen para el avance social. Por otra parte, por la evolución misma de la ciencia del derecho penal que replantea su función para entender que lo que busca tutelar no son situaciones estáticas

(como en la época del neokantismo), sino mantener los niveles de riesgo dentro de niveles permitidos.

4. La institución del riesgo permitido admite excluir del ámbito de aplicación del derecho penal aquellas conductas que se mueven dentro de los riesgos considerados como socialmente tolerables, y, por ende, un resultado causado por quien se mueve dentro de estos ámbitos de permisión deviene atípico.

IV. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA AL CASO BAJO ANÁLISIS

En este apartado aplicaremos la institución del riesgo permitido al caso analizado para posteriormente señalar nuestra conclusión al respecto. Para el efecto, iniciamos con determinar la recepción que la teoría de la imputación objetiva ha tenido en la normatividad y en la jurisprudencia colombiana a efectos de determinar si estamos frente a una herramienta que pueda ser aplicada en nuestro derecho.

1. La aceptación de la imputación objetiva en el sistema normativo colombiano

De acuerdo con el plan trazado, iniciamos por determinar la aceptación que la teoría de la imputación objetiva ha tenido en nuestro medio para posteriormente aplicar esta tesis al caso bajo análisis. En nuestro criterio, en el sistema normativo colombiano la teoría de la imputación objetiva se encuentra debidamente asentada, tanto en la legislación como en nuestra jurisprudencia, y constituye una herramienta válida para la resolución de casos en la práctica, como procederemos a demostrar a continuación (Velázquez Velázquez, 2009, p. 589).

Normativamente encontramos que la Constitución Colombiana, en su Artículo 29, establece que *“nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”*, con lo que, además de establecer los principios de irretroactividad de la ley penal y del derecho penal de acto, establece un parámetro de imputación en el que la sola causación del resultado no basta para su atribución al causante del mismo, siendo necesario realizar un juicio de imputación jurídica para establecer el carácter delictivo del mismo (Velázquez Velázquez, 2009, p. 588).

Posteriormente, nuestro Código Penal de 2000, en una línea muy similar a la que traía su antecesor, el Código de 1980, establece en su Artículo 9º que *“la causalidad por sí sola no es suficiente para la imputación jurídica del resultado”* (Velázquez Velázquez, 2009, p. 588). Esta norma, si bien no significa *per se* una adscripción de nuestro Código a la teoría de la imputación objetiva, sí denota que en nuestra legislación se ha superado el paradigma causal como elemento central del delito, y dentro del juicio de tipicidad es necesario realizar consideraciones de imputación jurídica, con lo que, si bien no hay una adscripción a la imputación objetiva, por lo menos no se cierra la puerta a su aplicación.

Jurisprudencialmente tenemos que desde hace ya un buen tiempo se vienen aplicando las categorías de la imputación objetiva, como lo demuestra la Sentencia del 14 de septiembre de 1995 –pionera en el tema–, en la que se señaló que

fue concebida la teoría de la imputación objetiva como una forma de la imputación jurídico-penal, partiendo de los juicios éticos y del deber del ciudadano que busca eliminar en principio las tesis causalistas o materialistas para encontrar las causas del delito y centrarse en las teorías puramente o de contenido normativo, situación que en la práctica no se ha cumplido a cabalidad, por cuanto sus seguidores han reconocido que para imputar un resultado necesariamente se debe partir de una causalidad mínima para luego aplicar unos patrones ideados y que en todos los casos no ofrecen las mismas soluciones, para hacer el juicio de reproche de la conducta.

Es así como la teoría de la imputación objetiva ha sufrido modificaciones, pues en un principio su aplicación se ha restringido al problema de la imputación del resultado, es decir, a la atribuibilidad de la lesión o la puesta en peligro del bien jurídicamente protegido; y posteriormente la doctrina la ha incluido en las formas peligrosas de comportamiento, en las que encuentra su fundamento la producción del resultado que ha de tener como base en la creación de un riesgo legalmente desaprobado.

Posteriormente, la Corte, en pronunciamiento del 24 de octubre de 1995, en un caso sobre responsabilidad médica, se refirió de manera muy corta al tema del incremento del riesgo cuando sostuvo que

si se toma objetivamente el procedimiento de resección total del tumor, sin la previa preparación, resulta igualmente establecido que el riesgo en la biopsia, como operación simple de toma de muestra de un tejido, aparece incrementado innecesariamente, puesto que a la hemostasia de los vasos desagarrados sin la resección, se agregó la extirpación total, lo cual aumentó el peligro e hizo más difícil la contención de la hemorragia.

Posteriormente, en punto de la teoría de la imputación objetiva comienzan a decantarse ya lo que serán las bases de su aplicación en Colombia, cuando se afirmó que

establecida la causación material del resultado, imperativo resulta por mandato legal entender que la imputación no podrá ser simplemente causal sino que ésta debe ser jurídica; es decir, se requiere tener como fuente para establecer el tipo penal, o más exactamente, la prohibición típica a la cual igualmente se impone fijarle su sentido. O como

lo señala una última doctrina, el “alcance típico”, es decir, hasta qué clase de conductas prohíbe ese tipo penal; juicio que no podrá ser abstracto si teniendo en cuenta su objeto de protección, que no puede ser otro que el bien jurídico que con la misma se pretende tutelar, y bajo un tal sustento, sí determinar si la acción objeto de análisis corresponde a la prohibida, esto es, si con ella se ha puesto en peligro o vulnerado el bien jurídico protegido penalmente, lo cual exige recurrir a aquellos criterios valorativo-normativos que jurídico-socialmente confronten la conducta en cuestión dentro del alcance típico del supuesto de hecho.

17. Así, y previo reconocimiento de la existencia de una acción, de una conducta que debe ser imputada a su autor, como lo establece la propia Carta Política en el Artículo 29, al disponer en su inciso segundo que “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”, conforme igualmente lo disponía el Artículo 26 de la anterior Constitución Nacional, que necesariamente debe entenderse dentro del contenido de la Ley Fundamental como la exigencia de la imputación del resultado, que no puede ser otro que el típico, como que es el único que se puede imputar penalmente, y habida cuenta que la expresión literal en cuanto al “acto” se refiere implica en su real sentido la conducta, pues su aparente limitación sólo es producto de la reproducción del centenario texto de 1886, pero en ninguna forma sostenible que no comprenda su resultado, que, como ya se dijo, no puede ser otro que aquél que produzca relevancia penal, esto es, trascendencia típica, que el nuevo legislador penal ha dispuesto que debe imputarse jurídicamente, como base, claro está, en los bienes jurídicos protegidos, que así mismo, encuentran sustento constitucional.

A efectos de no alargar innecesariamente el presente escrito, señalaremos que nuestra Corte Suprema de Justicia se ha referido a la imputación objetiva en las sentencias del 19 de noviembre de 2002, del 4 de abril de 2003 y del 20 de mayo de 2003, en la que señala expresamente que:

la imputación jurídica –u objetiva– existe si con su comportamiento el autor despliega una actividad riesgosa; va más allá del riesgo jurídicamente permitido o aprobado, con lo cual entra al terreno de lo jurídicamente desaprobado, y produce un resultado lesivo, siempre que exista vínculo causal entre los tres factores. Dicho de otra forma, a la asunción de la actividad peligrosa debe seguir la superación del riesgo legalmente admitido y a éste, en perfecta ilación, el suceso fatal.

Otros pronunciamientos sobre la imputación objetiva de nuestra Corte son los fechados el 25 de mayo de 2003, el 27 de octubre de 2004, el 11 de mayo de 2005,

el 16 de marzo de 2006, el 3 de abril de 2007, el 3 de octubre de 2007, el 17 de octubre de 2007, el 8 de noviembre de 2007, el 22 de mayo de 2005 y, el más reciente, el calendario el 2 de julio de 2008.

A manera de conclusión preliminar, encontramos que la teoría de la imputación objetiva encuentra un pleno respaldo normativo en nuestro medio y ha sido aplicada, de manera pacífica, por parte de nuestra Corte Suprema de Justicia. En estos términos, la imputación objetiva puede ser aplicada en el derecho colombiano para resolver los casos que se planteen en nuestro medio.

2. Aplicación de la teoría de la imputación objetiva al caso concreto

Asentada la teoría de la imputación objetiva y determinado el que puede funcionar para resolver los casos que se planteen en nuestro medio, lo procedente es aplicar esta herramienta teórica al caso en concreto. En un segundo apartado, dentro del presente capítulo, nos ocupamos de determinar, normativamente, si en el caso concreto se creó un riesgo jurídicamente desaprobado con la conducta del profesional de la salud enjuiciado en la sentencia analizada.

Para ello, acudiremos a las fuentes del riesgo permitidas desarrolladas *supra* y encontraremos en la Ley 14 de 1962 y en la Ley 23 de 1981, así como en el Decreto 3380 de 1981, todo lo necesario para el presente análisis, aspecto sobre el que nos ocupamos a continuación.

El artículo 1º de la Ley 14 de 1962 delimita las finalidades de la medicina y la cirugía, cuando establece que: “Se entiende por ejercicio de la medicina y cirugía la aplicación de los medios y conocimientos para el examen, diagnóstico, prevención y tratamiento y curación de las enfermedades, así como para la rehabilitación de las deficiencias o defectos ya sean físicos, mentales o de otro orden que afecten a las personas o que se relacionen con su desarrollo”.

Como puede apreciarse, la medicina se define en nuestro medio a partir de un criterio finalista, en el que lo relevante estará dado por la aplicación de los conocimientos y destrezas del profesional para el examen diagnóstico, el tratamiento, la prevención y la curación de las enfermedades, con independencia de la actividad a la que se dedique la persona cuya salud se encuentra afectada.

La Ley 23 de 1981 determina el marco jurídico aplicable a la medicina, desarrolla el criterio finalista y, en nuestro criterio, claramente delimita lo permitido y lo reprobado en el ejercicio de esta profesión. La Ley 23, en nuestro sentir, realiza una

ponderación entre el hecho inevitable de que el ejercicio de la medicina es una actividad riesgosa –no peligrosa– (Rueda Martín, 2009, 7) y los innegables beneficios que la misma puede reportar, tomando siempre partido por la protección de la vida, como pasamos a demostrarlo a continuación.

El Artículo 1º de la Ley 23 de 1981 establece lo siguiente:

la medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distinciones de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político y religioso. El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes.

En nuestro criterio, este apartado de esta trascendental disposición determina que la prestación del servicio de salud debe ser universal, pues se habla del cuidado de la salud del hombre sin diferenciar entre los miembros de la especie por consideraciones de raza, profesión, oficio, creencias, etc. Adicionalmente, las implicaciones humanísticas a que hace alusión el artículo denotan que la actividad a la que se dedique aquella persona, cuya salud se encuentra afectada, jamás podrá ser una justificación para negarle la prestación de los servicios médicos con miras a la prevención, diagnóstico tratamiento o rehabilitación de las enfermedades.

Entendemos con Feijoó que en aquellos eventos en los que el legislador regula expresamente los conocimientos necesarios para ejercer, y en las condiciones en que se puede desarrollar una actividad profesional en un medio determinado, el ejercicio de la misma no podrá ser jamás desvalorado por el derecho penal. El legislador tolera el correcto ejercicio de una profesión, en este caso, la médica, y lo que reprime es la actuación profesional contraria a las reglas de la misma (Feijoó Sánchez, 2007, p. 199). Si bien esta apreciación sería ya suficiente para descartar la creación de un riesgo desaprobado por parte del profesional de la salud en el caso bajo análisis, continuaremos con nuestra exposición señalando otros argumentos al respecto.

En este sentido, entendemos que un médico que presta sus servicios con la finalidad exclusiva de prevenir, tratar, rehabilitar o curar una afectación en la salud de una persona –cualquiera que sea su condición, creencias o actividad vital– jamás creará un riesgo desaprobado, en tanto que se trata del cumplimiento de las finalidades de esta profesión, actividad que busca el mantenimiento de la vida de los

miembros de la especie humana. Como complemento de lo anterior, diremos que un médico que atiende a un paciente cuya salud se encuentra comprometida se encuentra cumpliendo la normatividad colombiana en punto de la ética médica, y de ninguna manera puede el derecho penal criminalizar a una persona que se encuentra cumpliendo de manera legítima su profesión.

Aquí encontramos la ponderación (Feijóo Sánchez, 2007, p. 199) que subyace a la permisión del riesgo que eventualmente pueda encarnar la actividad médica. Nadie podrá desconocer que la actividad médica encarna unos riesgos para la vida (Rueda Martín, 2009, p. 7), como se desprende del hecho elemental de que esta actividad encarna una invasión en la corporalidad del paciente. Sin embargo, este riesgo que es connatural a la actividad médica se tolera en tanto que la utilidad que la comunidad recibe de esta profesión se relaciona con el mejoramiento de las condiciones de vida de los miembros de la especie humana, valor superior que supone la necesidad de permitir el ejercicio de esta profesión en los términos de la ponderación desarrollada anteriormente.

En estos términos, encontramos que frente a las posibilidades de riesgo que encarna la actividad médica, el legislador permite el ejercicio de esta profesión y realiza es una exhaustiva regulación de nivel normativo que se debe complementar con normas de inferior rango (guías, protocolos de manejo, etc.) (Gómez Rivero, 2004, p. 326). Juntas conforman lo que se denomina la *lex artis* en materia médica (Gómez Rivero, 2004, p. 337), a efectos de reducir la posibilidad de que los riesgos que entraña esta actividad se concreten en lesiones a intereses de los asociados.

La actividad médica busca la protección de la vida, la preservación de nuestra especie y el mejoramiento de las condiciones de vida de los seres humanos, sin distinguir alguno por la profesión que desempeñen o por sus creencias, nacionalidad, credo, etnia, etc. Negarle la posibilidad de recibir atención médica a un ser humano por cualquier consideración, en nuestro criterio, es contravenir de manera flagrante el primer imperativo kantiano: el de tratar al hombre siempre como un fin y jamás como un medio.

El Artículo 3º de la Ley 23 de 1981 dispone que el médico *dispensará los beneficios de la medicina a toda persona que los necesite, sin más limitaciones que las expresamente señaladas en esta Ley*. Con esto queda claro que la que determina los riesgos permitidos y desaprobados es la Ley de ética médica y ninguna otra.

Nos ocupamos a continuación de los eventos en los que es posible la negación de la prestación de servicios médicos de acuerdo con la Ley 23 de 1981, a efectos

de determinar el riesgo desaprobado en conductas como la que se analiza en la sentencia objeto del presente escrito. Los eventos en los que se puede negar la atención médica de acuerdo con nuestra normatividad son los siguientes:

- Decisión del paciente de no continuar con los servicios prestados por el médico (art. 4° L. 23 de 1981).
- El Artículo 6° de la Ley 23 de 1981 señala que “*El médico rehusará la prestación de sus servicios para actos que sean contrarios a la moral, y cuando existan condiciones que interfieran el libre y correcto ejercicio de la profesión*”. Al respecto, bien vale la pena realizar algunas precisiones. En nuestro criterio, esta norma no constituye una norma prohibitiva, sino que, por el contrario, es una norma permisiva o facultativa en tanto que faculta al médico para oponerse a realizar procedimientos terapéuticos contrarios a sus creencias, lo que se denomina *objeción de conciencia*. En este sentido, el médico puede abstenerse de realizar determinados actos por cuanto los considere contrarios a sus principios, como ocurre cuando un facultativo se abstiene de realizar un aborto, o una transfusión sanguínea por cuanto ello contraría sus principios morales o religiosos. Esto, en nuestra normatividad, se encuentra permitido siempre y cuando haya otro profesional de la salud que pueda atender el procedimiento y no se trate de un caso de urgencia. Ello lo entendemos así, por cuanto en un juicio de proporcionalidad, la medida se antoja desproporcionada si pensamos que privilegia las creencias de una persona sobre la salud o la vida de otro ser humano. En ningún caso, creemos, se trata de una norma prohibitiva, pues consideramos que la moral a la que se refiere la norma es la ética médica, cuya finalidad es ante todo el mejoramiento de las condiciones de vida de todos los miembros de la especie humana sin distinción alguno por sus creencias, ocupación u opiniones políticas.
- Cuando el cuadro clínico no corresponda con la especialidad del profesional de la salud y el médico asuma la atención del paciente. Esta situación se encontrará justificada cuando se trate de una urgencia.
- Cuando el paciente reciba atención de otro profesional que excluya su actuación. Esta situación se encontrará justificada cuando se trate de una urgencia.
- El médico igualmente se encuentra exonerado de la prestación del servicio de salud cuando el paciente incumpla las prescripciones médicas. En el mismo

sentido que las anteriores, consideramos que en casos de urgencia el médico no podrá negar la prestación de los servicios de salud aduciendo el incumplimiento de las obligaciones por parte del paciente.

- La normatividad colombiana igualmente establece que cuando exista diagnóstico de muerte cerebral no es obligación del médico mantener el funcionamiento de otros órganos o aparatos del paciente por medios artificiales. En este caso el facultativo no puede rehusar la asistencia del paciente, que ya no se encaminará a la preservación de la vida, sino a aliviar el sufrimiento de la persona. Sin embargo, si el médico, al atender la opinión de los familiares o allegados, realiza procedimientos sobre pacientes en los que se ha diagnosticado muerte cerebral, no estamos frente a un ejercicio ilegal de la profesión, pues la norma establece que no existe obligación de tratar al paciente, pero no prohíbe el tratamiento.
- La normatividad colombiana proscribe que el médico preste sus servicios profesionales a personas de su familia o que de él dependan en casos de enfermedad grave o toxicomanía, salvo en aquéllas de urgencia o cuando en la localidad no existiere otro médico.

Encontramos entonces que, en la legislación colombiana, la prestación de servicios de salud, sin importar si se trata de atención médica primaria o no, no podrá ser jamás negada a un ciudadano por cuenta de su actividad profesional u ocupación, de sus creencias o de cualquier otro motivo. En tal sentido, entendemos que la Ley 23 de 1981 ampara al profesional de la salud que, en un caso como el que aquí se analiza, presta sus servicios profesionales a personas pertenecientes a grupos armados al margen de la Ley.

Para concluir este apartado diremos que el médico que obra en beneficio de un paciente, sin importar su actividad, profesión, oficio, creencias religiosas, personales o políticas, obra en cumplimiento de la *lex artis*, y por ende no crea riesgo desaprobado (Gómez Rivero, 2004, p. 326). Entonces, al ser el riesgo desaprobado un elemento del tipo objetivo, un médico que actúa así jamás cometerá delito alguno.

V. PARA TERMINAR

Haremos tres consideraciones finales. La primera se refiere a un supuesto que toma en consideración la Corte Suprema de Justicia en relación con el cobro de honorarios por parte del médico, por cuanto en la sentencia analizada se le reprocha al facultativo el haber obrado y buscar, además, una remuneración por parte de los pacientes que atendió. La segunda hace referencia a un argumento de tipo especulativo sobre lo que hubiera acontecido legalmente en el evento en el que el médico no hubiese dispensado la atención médica a las personas que pertenecían a grupos armados al margen de la ley. La tercera es una consideración final desde la dignidad humana en relación con la denegación de servicios de salud derivada de la actividad del paciente.

Sobre lo primero, en desarrollo de su labor, el médico tiene derecho a recibir una remuneración por su actividad, la cual, a las voces de la Ley 23 de 1981, constituye su medio normal de subsistencia. De ninguna manera, el recibir una remuneración por prestar sus servicios constituye un riesgo desaprobado, pues supone la contraprestación por la prestación de sus servicios patrimoniales y un derecho que le atribuye la Ley 23 de 1981, que no considera antiético el recibir dineros como contraprestación a su actividad profesional.

Sobre ello, dos precisiones realiza la normatividad colombiana, de las que nos ocupamos a continuación. En primer lugar, la normatividad colombiana establece la manera como deben determinarse los honorarios que el médico cobrará por la prestación de sus servicios, cuando señala que *siendo la retribución económica de los servicios profesionales un derecho, el médico fijará sus honorarios de conformidad con su jerarquía científica y en relación con la importancia y circunstancias de cada uno de los actos que le corresponda cumplir, teniendo en cuenta la situación económica y social del paciente y previo acuerdo con éste o sus responsables* (Art. 23 L. 23 de 1981). En segundo lugar, la Ley 23 de 1981 afirma que el médico que labore por cuenta de una entidad pública o privada no podrá percibir honorarios de los pacientes que atienda en esas instituciones; ésta es la única restricción para recibir honorarios como contraprestación a su labor (Art. 43 L. 23 de 1981).

En conclusión, el cobrar honorarios por cuenta del cumplimiento de su trabajo no constituye, de manera alguna, una actitud contraria al ordenamiento jurídico que,

por el contrario, lo entiende apenas natural en tanto que el ejercicio de su profesión constituye el medio de subsistencia del profesional de la salud; en este caso, del médico.

Sobre lo segundo, pensemos que el médico atiende al paciente y al percatarse de la actividad de esta persona, esto es, su pertenencia a un grupo armado al margen de la ley, rehúsa la prestación de servicios médicos. Al respecto, consideramos que de conformidad con la normatividad colombiana, el médico hubiese podido realizar una objeción de conciencia y abstenerse de prestar la respectiva atención, siempre y cuando no se tratase de una urgencia y hubiere otro médico que pudiese prestar la atención profesional a las personas.

El no realizar la objeción de conciencia, por cualquiera que fuere el motivo, jamás podrá tener una consecuencia desfavorable para el profesional de la salud, pues se trata simplemente del no ejercicio de una prerrogativa, lo cual no genera un hecho antijurídico que permita estructurar responsabilidad alguna en cabeza del profesional de la salud.

Por lo demás, realizando un juicio de ponderación, encontramos que de acuerdo con la Constitución Colombiana la vida es un valor supremo, superior, en todo caso a la libertad de conciencia, y ello explica el hecho de que el médico solamente podrá ejercer su derecho a la objeción de conciencia en eventos en que exista un riesgo grave para la vida del paciente.

Para terminar este aparte diremos que, de ninguna manera, en la normatividad colombiana un médico podrá negar la atención médica a una persona por consideraciones relacionadas con la actividad del paciente, pues sabido es que el médico tratante –como en este caso– cuenta con un deber especial que se relaciona con la obligación que le asiste de tomar las medidas terapéuticas y la aplicación de todos sus conocimientos, habilidades y destrezas para aliviar, rehabilitar, curar o tratar el mal que aqueja al paciente (Gómez Rivero, 2004, p. 326).

En el evento en que un médico rehúsa la prestación de un servicio médico podrá estructurarse un delito de comisión por omisión, en tanto que estaría desconociendo la prestación positiva que debe dispensar al paciente; deber que se deriva de su rol social que a su vez le impone un deber especial, tal y como lo reseñamos anteriormente.

Sobre lo tercero consideramos que cuando nuestra Constitución realiza el tránsito del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho erigido sobre la dignidad humana, entiende que la persona es el fin y jamás un medio; el fundamento del ente estatal radica en que se permitan las condiciones para el desarrollo del ser humano de acuerdo con su plan de vida. En este sentido, consideramos que es contrario a la dignidad humana el negarle asistencia médica a una persona por causa de sus creencias políticas y su actividad vital.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Bacigalupo, Enrique. *Principios de derecho penal. Parte General*. Cuarta Edición, Ed. Akal, Madrid, 1997.
- Canco Meliá, Manuel. *Líneas básicas de la imputación objetiva*. Ed. Cuyo, Mendoza, 2004.
- Feijoó Sánchez, Bernardo. *Imputación objetiva en derecho penal*. Instituto peruano de ciencias penales, Lima, 2002.
- Frisch, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Marcial Pons, Barcelona, 2004.
- Gómez Rivero, María del Carmen. *La responsabilidad penal del médico*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- Jakobs, Günther. *Imputación objetiva*. Civitas, Madrid, 1996.
- Jescheck, H.H. *Tratado de Derecho Penal, parte general*. Ed. Comares, Granada, 2002.
- Kindhauser, Urs. *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo*. Ed. Griujley, Lima, 2007, p. 33.
- Martínez Escamilla, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Ed. Edersa, Madrid, 1992.
- Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Civitas, Madrid, 1997.
- Roxin, Claus. *Problemas básicos del derecho penal*. Ed. Reus, Madrid, 1976.
- Rueda Martín, María Ángeles. "La concreción del deber objetivo de cuidado en desarrollo de la actividad médico quirúrgica". En: *Revista In Dret, 4, 2009*. Barcelona, 2009.
- Silva Sánchez, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Ed. Bosch, Barcelona, 1992.
- Stratenwerth, Günther. *Derecho Penal Parte General*. Ed. Aranzadi, Nacarra, 2005.
- Velázquez Velázquez, Fernando. *Derecho penal: parte general*. Ed. Comlibros, Bogotá, D.C., 2009.

SERIE DOCUMENTOS

Facultad de Jurisprudencia



Universidad del Rosario
Facultad de Jurisprudencia