



Interrupción de cursos causales salvadores: un estudio desde el derecho comparado hacia una posible aplicación en el sistema jurídico colombiano

Estudiante

Juan Manuel Molina Carmona

Director

Enán Arrieta Burgos

Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de abogado

Pregrado en Derecho

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Pontificia Bolivariana

Medellín

2021

Declaración de originalidad

Fecha: 16 de mayo de 2021

Nombre del estudiante: Juan Manuel Molina Carmona

“Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad.

Declaro, asimismo, que he respetado los derechos de autor y he hecho uso correcto de las normas de citación de fuentes, con base en lo dispuesto en las normas de publicación previstas en los reglamentos de la Universidad”.



Firma del estudiante

Interrupción de cursos causales salvadores: un estudio desde el derecho comparado hacia una posible aplicación en el sistema jurídico colombiano

Sumario: Resumen. Palabras clave. Introducción. 1. La interrupción de cursos causales salvadores desde la teoría de la tipicidad. 2. Perspectivas de derecho comparado sobre la interrupción de cursos causales salvadores 3. Propuestas de interpretación e imputación en el caso colombiano

Resumen:

En el presente artículo se analiza cómo, a partir del derecho comparado, debe ser la interpretación del fenómeno de la interrupción de los cursos causales salvadores para que pueda ser coherente e influyente con nuestro sistema jurídico colombiano él. En un primer momento se ubica a la interrupción de cursos causales salvadores desde la teoría de la tipicidad siendo una variante del tipo objetivo de acción por regla general y, excepcionalmente, tratada como omisión (comisión por omisión). En segundo lugar se abordan las interpretaciones que han surgido en el derecho comparado sobre el fenómeno objeto de investigación y que tienen potencialidad de influir en nuestro sistema jurídico. En tercer lugar, se hacen unas propuestas de interpretación e imputación del fenómeno de la interrupción de cursos causales salvadores en relación con el sistema jurídico colombiano. Finalmente se harán una serie de conclusiones que, en todo caso, permitan la continuidad de la labor investigativa sobre el particular.

Palabras clave: responsabilidad penal; cursos causales salvadores; derecho comparado; tipicidad; imputación. e

Introducción

En la estructura de la interrupción de cursos causales salvadores se identifica un sujeto que despliega un curso causal salvador de un bien jurídico y otro sujeto que despliega un curso impidiendo el salvamento del bien jurídico. El modelo causal permite enfocarse, en mayor medida, en lo que tiene que ver al espectro de la responsabilidad penal médica,

pues su estructura permite la adecuación a una variedad de casos que, con los profesionales de la salud, ocurre con cierta frecuencia. Sin embargo, es perfectamente extensible la aplicación de la propuesta de imputación que se hace, precisando la necesidad de la existencia de la estructura mencionada, hacia otra serie de casos que no involucren una responsabilidad penal médica. Menester será concluir si es realmente posible una variación o adición al tipo objetivo con una nueva fórmula como la interrupción de cursos causales salvadores o si, por el contrario, este fenómeno se encuentra contenido en las tradicionales categorías de la acción u omisión.

La justificación del trabajo de investigación se propone desde dos aristas: (I) social y (II) académica. El estudio de la causalidad ha sido depurado por la doctrina y se encuentra ya de relieve en la dogmática jurídico penal, sirviendo como foco para la teoría del delito actual. Sin embargo, respecto a qué forma de tipo objetivo obedecen los cursos causales salvadores y las atribuciones en materia de imputación de responsabilidad, a nivel nacional, ha sido desconocido, encasillándose en el estudio tradicional de las formas de tipo objetivo (acción-omisión) sin problematizar sobre los nuevos fenómenos inherentes a la sociedad de riesgo en la cual vivimos. Se ve en el derecho comparado (Alemania y España) cómo las exigencias sociales y dogmáticas han llevado a la ampliación del estudio de fenómenos que se van materializando en casos concretos. De allí que los tribunales han considerado plantear nuevas tesis que expliquen la realidad y que, sobre todo, permitan resolver un caso en conjunto con la dogmática jurídico penal ya aprendida.

A nivel social, se encuentra que en el derecho comparado el fenómeno de la interrupción de cursos causales salvadores resulta útil para explicar casos de responsabilidad médica, pues permite entender cuándo se obstruye la posibilidad de salvar un bien jurídico que, previamente, estaba en riesgo y que se puede materializar en materia de imputación de responsabilidad a un sujeto. Lo anterior también resulta pertinente en el ámbito académico, ya que el estudio de los cursos causales salvadores y de su interrupción le subyace un problema dogmático respecto a la imputación de responsabilidad de quién interrumpe un curso causal salvador.

Lo anterior nos lleva a plantear la siguiente pregunta de investigación: ¿cómo se interpreta en el derecho comparado el fenómeno de la interrupción de cursos causales salvadores y cómo estas interpretaciones pueden influir en el sistema jurídico colombiano?

Dada esa pregunta partimos de la hipótesis que la interpretación que puede influir y adaptarse acorde al sistema jurídico colombiano es aquella que sostiene la interrupción de los cursos causales salvadores como fenómeno de acción por regla general y que, excepcionalmente, puede ser un fenómeno de omisión cuando se está ocupando una posición de garante. Para responder a esa pregunta, en un primer momento, se revisará la interrupción de los cursos causales salvadores, ubicándolos como una forma de acción en su generalidad y excepcionalmente como fenómenos de omisión. En un segundo momento se estudiarán las perspectivas que han surgido en el derecho comparado sobre la interrupción de cursos causales salvadores que, en potencia, podrían repercutir o influir en el sistema jurídico colombiano. En un tercer momento también se pondrán de presente las propuestas de interpretación e imputación ya obtenidas y se buscará su aplicación en el caso colombiano, teniendo en cuenta la hipótesis sostenida y que se tiene por coherente con nuestro ordenamiento jurídico. Por último, se plasmarán las conclusiones pertinentes al estudio comparado realizado, que permitan una mayor comprensión del fenómeno y permitan el discurrir de otras investigaciones sobre el particular.

La presente investigación en cuanto pretende explicar, interpretar y comprender un fenómeno tendrá una perspectiva cualitativa a través del análisis documental de una serie de textos que nos acerquen a la visión que se le ha dado al fenómeno. Se busca establecer puntos de interrelación tanto entre lo que actualmente estudiamos en nuestro sistema jurídico como lo que se ha planteado en el derecho comparado respecto al estudio de la interrupción de cursos causales salvadores.

1. La interrupción de cursos causales salvadores desde la teoría de la tipicidad

Antes de ahondar en la ubicación de la interrupción de cursos causales salvadores en la teoría de la tipicidad se debe hacer una advertencia: no es este un artículo en el que se vaya a hablar de la evolución de la tipicidad en los diferentes esquemas (clásica, finalista, funcionalista, etc.) pues (I) no es el propósito de la presente investigación y, (II) lo que se busca es arrojar una definición completa y precisa del tipo penal para, de ahí, poder ubicar de buena manera la interrupción de los cursos causales salvadores.

Hecha la anterior salvedad se propone una definición del tipo penal como “la descripción que hace el legislador de una conducta con miras a prohibirla, ordenarla o a prescribir la observancia del deber de cuidado en un determinado ámbito de relación” (Solano, Duque-Pedroza, Arrieta-Burgos, Estrada y Monsalve, 2019, p. 67). Ahora bien, el tipo penal, internamente, se le suele dividir en dos partes que aunque distintas se interrelacionan: parte objetiva (tipo objetivo) y parte subjetiva (tipo subjetivo). El tipo objetivo “contiene la descripción de un acontecer exterior perceptible por los sentidos” (Aguado, 1998, pág. 74). Despréndase de acá la división entre acción y omisión como variantes del tipo objetivo, pues son aquellas que permiten la aparición del acontecer exterior perceptible por los sentidos, permiten la descripción exterior de la conducta. Sin embargo, el tipo objetivo no tiene la fuerza necesaria para calificar como típica una conducta y hay que echar mano de los elementos que integran al tipo subjetivo aunque, con los elementos que contenga el tipo objetivo, podamos inferir existencia del tipo subjetivo. Acá se ve materializada la interrelación de la que hablábamos anteriormente. Para reafirmar lo anterior dice Jakobs que:

Al tipo subjetivo pertenecen, precisamente, aquellas circunstancias que convierten la realización del tipo objetivo en acción típica, es decir, dolo e imprudencia, así como aquellos otros elementos subjetivos del injusto que menciona la ley para caracterizar el injusto o establecer un determinado quantum de injusto. El tipo subjetivo debe concurrir en el momento de emprender la acción ejecutiva. La acción ejecutiva es la realización de aquella acción con la que el autor deja salir de su ámbito de organización el curso causal conducente al resultado, realmente (consumación), o según su representación (tentativa.) (Jakobs, 1997, pág. 183).

Ahora bien, en el tipo subjetivo se encuentran como variantes el dolo y la culpa como se puede extraer de la anterior cita de Jakobs. No nos ocupa acá el estudio del tipo subjetivo sino del tipo objetivo, pues es donde recae el problema dogmático de la ubicación del fenómeno de la interrupción de los cursos causales salvadores en relación con la tipicidad.

Veamos, el tipo objetivo se subdivide en la acción y en la omisión. Se realiza el tipo objetivo haciendo u omitiendo. La acción, para los causalistas, teóricos de la acción:

Estaba integrada por dos elementos, el proceso causal externo y el contenido de voluntad, objetivo y subjetivo respectivamente. No interesa para los causalistas si el autor pretendió o no el resultado, lo que importa para ellos es, que el resultado producido responda a una acción voluntaria del autor. (Nivicela, Izurieta, & Cuenca, 2018, pág. 312).

De allí que, según Zaffaroni (2001), explicando a Von Liszt, la acción se circunscribe a todo movimiento corporal causado por un acto donde media la voluntad. Welzel, adelantándonos un poco en la evolución de dicho concepto respecto a los finalistas, propone un concepto de acción final. Dice que el humano quiere y sabe respecto a su conocimiento causa, de allí que puedan prever de cierta forma bastantes circunstancias que puedan acontecer de acuerdo con su actuación y a partir de allí determinarse. Entenderá Welzel (2004) por acción como el despliegue o ejercicio de la actividad final. Nótese acá, nuevamente, la interrelación entre el tipo subjetivo y el tipo objetivo.

Definido dicho trasegar en el concepto de acción hay una precisión conceptual que está hecha a la medida para el fenómeno concreto que se estudiará, la cual viene dada por Armin Kaufmann quien sostenía que “de toda norma emana una sola clase de deber: de las normas prohibitivas sólo deberes de omitir y de las normas de mandatos sólo deberes de obrar” (Kaufmann, 2006, pág. 267). De lo anterior podemos deducir entonces que

En su estructura el delito puede ser visto en todo caso como la infracción de un deber, ya sea porque el obligado infringe el "deber hacer" impuesto por la norma de conducta al no cumplir con el comportamiento que ella fija o porque vulnera, por un lado, un deber de no

dañar a otro (deber negativo) o, por otro, uno de no colaborar en la mejora un ámbito de organización ajeno (deber positivo) (Jakobs, 2012).

Podríamos, genéricamente, decir que la acción es la infracción del deber negativo de no dañar a otro, proscrito por la correspondiente proposición normativa. Sin embargo, habrá que tener presente que la concepción naturalista o causalista de acción va a ser bien importante en el análisis del fenómeno, de suerte que, de ninguna forma, la podemos desechar de manera total.

Por omisión se entenderá, sin perjuicio de lo que se exponga después, como la infracción del deber positivo, de aquella proposición normativa mandatoria que consagra un deber en cabeza de la persona de actuar de determinada manera. De allí que:

Esta distinción entre deberes negativos y positivos y su introducción al derecho penal se debe a Günther Jakobs. Este autor alemán ha sentado las bases de una propuesta de la responsabilidad penal bajo la distinción entre infracción de deberes negativos e infracción de deberes positivos con extraordinarias consecuencias para la dogmática penal (Navas, 2015, pág. 3).

Finalmente, es necesario tener unas definiciones y conceptos de la posición de garante. Lo anterior debido a que partimos de la hipótesis de la posible imputación como autor de la interrupción de un curso causal salvador, a título de omisión, siempre y cuando se tenga una posición de garante. Por posición de garante entenderemos “el deber jurídico que tiene el autor de evitar un resultado típico, ubicación que le imprime el obrar para impedir que éste se produzca cuando es evitable” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP7135-35113, 2014). A su vez, reafirmando dicha posición entiende la misma Corporación que

La posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable. Por ello, cuando quien tiene esa obligación la incumple, y con ello hace

surgir un evento lesivo que podía ser impedido, abandona dicha posición de garante (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP14547-46604, 2016).

En conclusión, la hipótesis con la que se parte es que, por regla general, los cursos causales tendentes a interrumpir un curso causal salvador serán imputados a título de acción y, por excepción, serán imputados a título de omisión. Lo anterior se explica debido a que, básicamente, un tipo penal realizado, objetivamente, mediante la comisión activa, es la violación de una proposición normativa consagrada en una ley que tipifique las conductas punibles. Dicho en otras palabras, es una violación a una prohibición. En sentido contrario, catalogaremos como conducta de omisión cuando se parte que hay un deber existente radicado en la posición de garante que tenga una persona (conforme al artículo 25 del Código Penal colombiano) y precisamente la persona falte a dicho deber o mandato emanado de la ley. Lo anterior, se precisa nuevamente, es la hipótesis con la que se parte a la hora de imputar responsabilidad a quién interrumpe un curso causal salvador conforme a lo dispuesto en el estudio de la parte general del código penal colombiano.

Dicho esto, adentrémonos en el concepto de la interrupción de curso causal salvador y cómo conecta con las explicaciones de acción y omisión.

Conocido también, para los autores americanos, como 'double prevention', pues hay un curso causal lesivo a un bien jurídico de origen humano o natural, pero hay un segundo curso (que podría ser de origen natural o humano) que es el llamado curso salvador orientado a salvar dicho bien jurídico y, por último, aparece otro curso que interrumpe el curso salvador (necesariamente será un curso causal de origen humano). De allí que se dice que se "previene que se prevenga" o que "impida que alguien impida" (la doble prevención). Evidentemente no se limita, en el plano fáctico, a solamente tres cursos causales, pues podrían ser muchos más. Explican el modelo anterior con base en "una motivación bastante diferente para abandonar o, al menos, calificar la posición predeterminada de los eventos cómo única relación causal primaria. Surge la necesidad de acomodar la causalidad a omisiones: la prevención, causalidad por omisión y

causalidad por doble prevención” (Collins, Hall, & Paul, 2004, pág. 60). Adoptan pues un modelo de interrupción explicado desde la causalidad lógica o de las condiciones negativas, sin abandonar del todo lo que es la causalidad real o física que en la cita aparece dada como la relación causal primaria. Lo anterior se explica en la lógica del discurso de: “si usted no hubiera interrumpido este curso causal o impedido este curso causal destinado a salvar dicho bien jurídico entonces el bien jurídico se habría salvado”. Acá entonces, complementando lo que se ha dicho, podríamos hablar de las condiciones que impiden otras condiciones que impiden; condiciones impeditivas de las impeditivas. Aparece entonces, nuevamente, la double prevention de la que se habla en el sistema anglosajón y de la que hablan, por supuesto, los autores norteamericanos citados.

Ahora bien, hay una definición de Lerman (2013) que, a nuestro juicio, siendo más breve es más completa y, por lo tanto, mejor. Define a la interrupción de cursos causales salvadores como:

Los supuestos en que un sujeto realiza una acción por la cual bloquea un curso de la naturaleza, o bien emprendido por un tercero o por la propia víctima, que iba a producir el salvamento de la persona que se hallaba en peligro. (Lerman, 2013, pág. 25)

Allí pues se evidencia limitado el fenómeno que va a estar determinado por una serie de cursos causales, uno dirigido a la causación de un riesgo desaprobado por el ordenamiento jurídico hacia cierto bien jurídico –o expectativa jurídicamente tutelada–, otro dirigido a interrumpir el curso causal descrito precedentemente y, ulteriormente, aparece un curso causal que interrumpe dicho segundo curso causal. El primer y segundo curso causal podrían ser de origen humano o natural, pero el tercero deberá ser netamente humano, pues de aquél imputamos responsabilidad y será la pregunta transversal sobre este. Se deberá entonces valorar la intervención del interruptor pues, en todo caso, como afirma Jakobs: “En toda conclusión de un proceso orgánico, especialmente en toda muerte, se condiciona el resultado mediante la interrupción de cursos salvadores (el metabolismo, la circulación sanguínea, la respiración espontánea, etc.) (Jakobs, 1997, pág. 1037).

Sobre la pregunta sobre cómo ubicar, dentro o fuera de las formas usuales de realización del tipo objetivo a la interrupción de cursos causales salvadores, tenemos tres posturas respecto a los que han estudiado el fenómeno según Silva (2013). Esas posturas son:

Es un fenómeno de acción o comisión activa.

Es un fenómeno relativo a la omisión (la llamada comisión por omisión) siendo este fenómeno un caso atípico o extraño.

Una tercera forma de realizar el tipo independiente a la acción o la omisión.

Pasemos a explicar estas posturas que nos permiten enlazar las variantes del tipo objetivo con el fenómeno en sí, permitiendo la ubicación del fenómeno en la teoría de la tipicidad.

Según una parte de la doctrina, donde se ubican autores como Helmut Frister (2011), Schmidhäuser (1975), Gössel (1995) o Stratenwerth (2000), poniendo su foco en la conducta, dicen que los casos de interrupción son casos netamente de acción pues, desde el plano factico, el sujeto que interrumpe un curso causal salvador está haciendo, está ejerciendo un movimiento muscular dirigido a impedir que se concrete el curso que pretende salvar el bien jurídico que, precedentemente, había sido puesto en riesgo por otro curso causal.

A su vez, Haas (2002) y Silva Sánchez (2019), poniendo su foco en relación con el resultado, explican que no es que en la omisión no haya movimiento muscular, la omisión como cierto de estado donde la pasividad es absoluta no se podría llegar a imaginar, por lo que la interrupción se explica desde una causalidad lógica o de las condiciones negativas. Se repite lo que anteriormente, con el concepto norteamericano de interrupción de cursos causales salvadores, dijimos. Se explica en la lógica del discurso de “si usted no hubiera interrumpido este curso causal o impedido este curso causal destinado a salvar dicho bien jurídico entonces el bien jurídico se habría salvado”.

Se debe acotar que esta segunda posición es minoritaria por el hecho que sólo la sostienen Silva Sánchez y Haas.

Por último, hay una postura más ecléctica, sostenida por Hruschka (1988), Joerden (1986), Gimbernat Ordeig (2006), Kaufmann (2006), Overbeck (1922). Dicha postura afirma, en palabras de Rudolph (1966), la interrupción de cursos causales salvadores como una nueva forma de realización del tipo objetivo, distinta a la acción u omisión o, en atención del caso concreto, como un fenómeno de acción u omisión según haya o no posición de garantía, como lo entiende Ordeig (2006). Se incorpora la causalidad real de quienes sostienen de que la interrupción es un fenómeno de acción y la causalidad lógica de los que sostienen que la interrupción es un fenómeno de omisión.

En conclusión, y nuevamente volviendo a nuestro punto de partida, a nuestra hipótesis, partiremos de un criterio de regla general y excepción acotando que podríamos estar acogiendo una teoría ecléctica, la tercera postura en comentario, aun cuando lo hacemos con reserva, pues explicamos los fenómenos de interrupción de cursos causales salvadores, por regla general, como acción; pero que en los casos de posición de garante pueden ser eventos de comisión por omisión. Ahora, es preciso acotar que con nuestra hipótesis no pretendemos añadir una nueva forma de realización del tipo objetivo de la cual hablábamos en anteriores páginas, sino que, contrario a eso, se acoge una teoría que propugna por la explicación de la interrupción de cursos causales salvadores mediante la vía de la acción y excepcionalmente de la omisión.

No acogemos, en su totalidad, la primera postura que encasilla a la interrupción de cursos causales salvadores como fenómenos exclusivos donde quien los interrumpe actúa, acciona. Estaríamos dejando por fuera una suerte de escenarios donde el sujeto interruptor tiene una posición de garante que le exige una conducta so pena de que se le impute responsabilidad por comisión por omisión. Se tiene pues que el sujeto interruptor, en ese escenario de la posición de garante, debía seguir una serie de deberes de salvamento al bien jurídico en riesgo como lo exigía dicha fuente de riesgos que estaba a su cargo y no, por el contrario, evitar la salvación del bien jurídico.

Tampoco se acoge, en su totalidad, la postura que sostiene que los fenómenos de cursos causales salvadores son siempre casos de omisión o de comisión por omisión. Lo dicho en el sentido que la posición de garante es excepcional pues “la situación en la que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, No. 25536, 2006). La posición de garante alude a los eventos donde el deber jurídico se impone a partir de unos supuestos que, en nuestro ordenamiento jurídico, están consagrados en el artículo 25 del Código Penal. Mal haríamos extendiendo dichos eventos de posición de garantía respecto a todas las conductas desplegadas donde no hay comunidad estrecha de vida, no se asuma voluntariamente la protección del bien jurídico, no haya realización de actividad riesgosa por varias personas o no se haya creado situación antijurídica de riesgo próximo al bien jurídico. Lo anterior se dice toda vez que, sin esos escenarios, no hay disposiciones legales que impongan el deber jurídico de actuar conforme a la posición de garante y esto, una vez más, reafirma la excepcionalidad de la posición de garante, sólo por vía del artículo 25 del Código Penal es que podemos afirmar que quien se encuentre en estos escenarios deberá actuar sino hay una comisión por omisión. Ahora bien, me parece que Silva Sánchez hace extensivo ese juicio de omisión a todos los casos de interrupción de cursos causales salvadores, en parte, y con gran sabiduría, pues en la mayoría de casos de esta índole quién interrumpe el curso causal salvador es quién, precedentemente, ha puesto en riesgo próximo al bien jurídico. Y en ese sentido, claro que sí, hay una posición de garantía. Sin embargo, no podemos partir de la noción equivocada donde quién interrumpe un curso causal salvador ya puso en riesgo, anteriormente, el bien jurídico. Es compatible, perfectamente, con el modelo de la interrupción de cursos causales salvadores, que quién interrumpa el curso causal salvador no haya tenido que ver en la primera afectación al bien jurídico y que, simplemente, se haya dedicado a su interrupción lo cual sería un fenómeno de acción, no de omisión o de comisión por omisión.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, se acoge dicha teoría ecléctica o una tercera postura, pero con reserva. No se comparte que sea una nueva forma de realización del tipo objetivo pues serán casos de acción cuando no medie posición de garantía respecto al sujeto interruptor del curso causal salvador y, excepcionalmente, serán casos de omisión cuando medie la posición de garantía. No se está agregando nada nuevo a lo que la teoría del delito ya ha construido respecto al tipo objetivo.

Partimos de un punto: la primera y la segunda postura tienen elementos que son ciertos pero que no podrían ser extensibles o generalizables a todos los supuestos de la interrupción de cursos causales salvadores. De allí que se afirme que “lo determinante no es si dichos cursos son propios o ajenos, sino si lo que se interrumpe es uno en el que existía la obligación de garante de evitar el resultado” (Ordeig, 2006, p. 84).

2. Perspectivas de derecho comparado sobre la interrupción de cursos causales salvadores

Con base en lo analizado en la sección anterior, la discusión se presenta en la responsabilidad del sujeto que interrumpe el curso causal salvador. Se pregunta si se hace la imputación a título de acción, omisión o es “un tertium genus diverso de las dos anteriores” (Sánchez, 2013, pág. 234). Visualicemos entonces las perspectivas y reflexiones que surgen, eminentemente, de casos que ha tratado la jurisprudencia en diversos países y el comentario doctrinal que se hace frente a ellos. Además, en este capítulo, es necesario apuntar que las fuentes (en el derecho comparado) de las que se alimenta la doctrina para estructurar sus posturas sobre el fenómeno son, casi que exclusivamente, jurisprudenciales. Ahora, conceptos como acción, omisión, tipo objetivo, tipo subjetivo, posición de garante, entre otros, son transversales a teorías generales particulares del derecho penal. Decimos que dichos conceptos “resultan comunes a una misma parcela de todos los derechos positivos existentes y posibles” (Solano, Duque-Pedroza, Arrieta-Burgos, Estrada y Monsalve, 2019, p. 13). Luego, no será necesario tener que remitirnos a la legislación española o alemana, por ejemplo, para mirar qué se entiende por acción u omisión en dichos lugares, pues son conceptos jurídicos comunes

relativos a un sector del ordenamiento jurídico como lo es el penal en cualquier parte. Dicho lo anterior, enunciaremos casos que trató la jurisprudencia alemana y española con las pertinentes reflexiones de los autores sobre los mismos.

En Alemania, en sentencia del Tribunal Federal de Justicia de Alemania (BGH) de junio de 2017, se enjuició y se absolvió a un cirujano a quien se le imputó intento de homicidio involuntario pues engañó a sus pacientes necesitados de un trasplante de hígado, quienes estaban en una lista de espera, dándoles un número de orden superior mediante documentación falsa. Con esto, alega la Fiscalía, que se produjo un perjuicio a los otros pacientes que requerían el trasplante. Teniendo los hechos jurídicamente relevantes, en principio, podríamos hablar de la interrupción por parte del cirujano al curso causal salvador que es la lista de trasplantes que pretendía neutralizar ese curso que lesionaba el bien jurídico de la integridad personal (salud) de los pacientes que tenían una enfermedad hepática. Ahora, el Tribunal absolvió basándose en “la falta de imputabilidad objetiva de muerte exitosa o daño corporal” (BGH , Sentencia del 28 de Junio de 2017, artículo 24) y que “no se puede suponer que el curso causal en sus características esenciales se pueda prever y por lo tanto no se puede asumir el preámbulo cognitivo” (BGH , Sentencia del 28 de Junio de 2017, artículo 26).

Frente a dicho caso se pronuncia Silva (2013) aludiendo al fenómeno de la imputación objetiva que proponen autores como Claus Roxin. Sobre la imputación objetiva en Roxin, Cancio-Meliá señala:

(...) un resultado causado por el sujeto que actúa, sólo debe ser imputado al causante como su obra y sólo cumple el tipo objetivo cuando el comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de acción (1) cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto (2) y cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo (3) (Cancio-Meliá, 2001, pág. 52).

En los casos de cursos causales salvadores hay un “empeoramiento del statu quo de los bienes jurídicos ajenos” (Sánchez, 2013, pág. 230) que permite afirmar la existencia de una omisión que, parafraseando a Roxin (1997), crea un riesgo desaprobado por la

norma que se concreta en el resultado y dicho resultado se encuentra en el alcance de la norma o del tipo penal. Dependerá, pues, del escenario típico donde se materialice la interrupción pero, en principio, desde que no esté mediada por una causal de justificación, la interrupción es desaprobada por el ordenamiento y la norma jurídico penal.

Ahora, Silva (2007) enlaza con el concepto de idoneidad ex ante donde presupone, en su entendimiento, que el curso causal salvador realmente debe tener esa calidad, antes del suceso, de salvador del bien jurídico en riesgo de lo contrario no se podría imputar, objetivamente, el delito al que se somete al procesado.

Frente a ello se pone de presente la siguiente cita:

En este punto es en el que entra en juego la doctrina sobre la interrupción de cursos causales salvadores. Según ésta, quien interrumpe un curso salvador ex ante idóneo para evitar el resultado lesivo que amenaza a un sujeto en peligro responde por el resultado típico que se produzca, siempre y cuando quepa afirmar que éste se habría evitado (con toda probabilidad) de no haber mediado la interrupción. La doctrina de la interrupción de cursos salvadores pretende fundamentar, por tanto, la existencia de un deber de no interrumpir cursos causales ex ante idóneos para evitar resultados lesivos (Sánchez, 2007, págs. 187-188).

Concluye Silva (2013), en consonancia con los argumentos que arroja el Tribunal Alemán, que al no estar en un estadio de certeza respecto al salvamento de los pacientes mediante el curso causal salvador que es el trasplante de hígado no se podría imputar objetivamente la muerte de aquellos pacientes a quien el cirujano saltó en la lista. En suma, la contribución que hace Silva (2007) con su reflexión, se refleja en la consideración de la idoneidad ex ante del curso causal salvador y su conexión con la imputación objetiva que ya han propuesto autores como Roxin (1997).

Frente al mismo caso, Haas (2016) sí plantea dudas respecto a que la imputación pudo ser a título de dolo eventual más que de dolo directo pues le parece evidente que el

cirujano no quería la muerte de los demás pacientes; sin embargo, los consideró a la hora de desplazarlos en la lista y dejó su suerte respecto a su salud librada a las contingencias o al azar. Ahora, el aporte relevante de Haas (2016) es la construcción de lo que él denomina como *dolus alternativus*, que coincide con las teorías modernas de normativización del dolo y la teoría de la ignorancia deliberada que bien han sabido formular autores como Ragués (2007). Quién interrumpa un curso causal salvador, en palabras de Haas (2016), y cuando exista alta probabilidad de que interrumpiéndolo puede causar lesiones al bien jurídico, debería serle imputable el delito a título de dolo eventual, pues las circunstancias fácticas y el conocimiento le ponen de presente el resultado que puede advenir y que él, deliberadamente, no quiere observar. En suma, Haas (2016) aun cuando coincide en las reflexiones que hace Silva (2013), añade un contexto que se torna actual respecto a las nuevas teorías del dolo y que permiten incluso una consideración político criminal a la hora de la criminalización del sujeto que interrumpe un curso causal que, el mismo sujeto, sabía salvador y que hace caso omiso de ello respecto a la imputación de dolo eventual.

Ahora, otro caso que se presenta en Alemania y que conoce, en primera instancia, el Tribunal Regional de Essen (GA) el 6 de junio de 2018, conocido como el caso Bottroper, versa sobre un farmacéutico a quién se le encargó proveer de medicamentos a centros hospitalarios públicos y privados para tratar tumores con medicamentos citostáticos, los cuales van a impedir la aparición, en gran número, de células cancerosas. El farmacéutico eliminó hasta en un 90% el principio activo de los medicamentos con la finalidad de obtener dinero y, efectivamente lo recaudó, vendiendo dichos medicamentos. Se le imputó homicidio doloso directo y fraude y violación de la Ley de Medicamentos. Sin embargo, solo se le condenó por el segundo delito “porque nadie sabe exactamente qué paciente recibió qué terapia del acusado, y si murió como resultado” (Tribunal Regional de Essen (GA), 2018, pág. 30).

Frente a ello opina Rostalski (2018) distinguiendo entre la efectiva interrupción que desencadena en una lesión y, por el contrario, la pérdida de oportunidad cuando el sujeto interruptor lo que hace es privar de una oportunidad de salvación a la víctima que, no

sabemos con alta probabilidad, que fuera a concretizarse en el salvamento del bien jurídico. Rostalski (2018) aporta entonces algo clave para la comprensión del fenómeno: no es lo mismo que se me lesione un bien jurídico porque se interrumpe un curso causal salvador que, con toda certeza, me iba a salvar; a que, en sentido contrario, se me prive de la oportunidad de un posible salvamento que podría concretarse o no.

Sobre la responsabilidad farmacéutica también opina Freund (1991), quien es bastante categórico opinando sobre la alteración farmacéutica como interrupción de cursos causales salvadores. A su juicio solo podrá haber responsabilidad penal si, con la conducta indebida de la *lex artis*, en el caso es la Ley de Medicamentos alemana, “se produce un curso perjudicial de los acontecimientos que podría y debería haberse evitado con una conducta correcta” (Freund, 1991, pág. 755). Ahora, enfatiza nuevamente en la certeza *ex ante* de que el curso causal fuera salvador y también afirma que la responsabilidad por alteración farmacéutica, cuando hablemos de interrupción de cursos causales salvadores, debe tener un grado tal que como si se tratara de un delito de resultado propiamente dicho. Dice Freund que la pérdida de oportunidad podría estudiarse para la “reparación de daños causados por el delito farmacéutico” (Freund, 1991, pág. 752). Se concluye entonces que, ante esa inexactitud de comprobar si un curso causal realmente fuera exitoso en aras de salvar un bien jurídico, se pueden traer conceptos de otras parcelas como la pérdida de oportunidad que reparara, en subsidio de la responsabilidad penal, a la víctima afectada.

En un caso similar, opina Lerman (2015), quien señala que se le debieron imputar al farmacéutico los homicidios a título doloso pues interrumpió un curso causal salvador que, a diferencia de la causación directa, los cursos causales salvadores son entendidos cuando “el salvamento está en curso, está llegando” (Lerman, 2015, pág. 136). Con los medicamentos citostáticos ya el curso causal estaba llegando y, precisamente, el sujeto activo impidió que llegara. A diferencia de la causación directa, en el entendido de Lerman (2015), ya la víctima tiene a su disposición los medios de salvamento y no ocurre que apenas estén llegando. De allí que debieron imputarle los eventuales homicidios por la interrupción de cursos causales salvadores en la modalidad del tipo objetivo de acción.

El farmacéutico hizo, accionó, en contra de una norma que proscibía la alteración del principio activo de los medicamentos, como lo es la Ley de Medicamentos en Alemania. La perspectiva de Lerman (2015), según el caso propuesto, es que estamos en presencia de un curso causal salvador cuando dicho salvamento está adviniendo antes de ser interrumpido. Allí se imputa a título de acción pues, causalmente, se interrumpió la llegada del salvamento.

Ahora bien, pasemos a considerar a la jurisprudencia española que ha tenido casos donde la doctrina ha reflexionado.

El primer caso se encuentra en la sentencia del Tribunal Supremo Español del 27 de junio de 1997 donde se encontraba menor de edad con una hemorragia donde los médicos advierten que , para neutralizar dicha hemorragia, se requería una transfusión. Los padres, testigos de Jehová, se oponen a dicho tratamiento por razones de su credo llevando a su hijo a la casa. Por el delicado estado de salud del infante, los padres lo trasladan a otro centro hospitalario en el que los nuevos facultativos consideraron de urgencia la transfusión y donde nuevamente los padres se niegan y, por último, van nuevamente a otro hospital donde acaecen las mismas circunstancias de petición del tratamiento y negación de los padres. Luego de la recepción del dictamen de los galenos, el menor es desplazado forzosamente por las autoridades a otro hospital donde falleció al poco tiempo. El Tribunal Supremo condenó a los padres del menor por homicidio en la categoría de dolo eventual.

Respecto a ese caso se pronuncia Ordeig (2006) quien dice que es la estructura de imputación bajo cursos causales salvadores pues se ejecutan tres conductas de acción, por parte de los padres, que interrumpen cursos causales salvadores en tres centros hospitalarios distintos y que habrían significado, al menos a corto plazo, “una alta posibilidad de supervivencia del menor”. (Ordeig E. G., 2006, pág. 376).

Además, aporta Ordeig (2006) que, respecto a la condena, también se encuentra satisfecho, toda vez que predica una posición de garantía de los padres respecto a su

hijo y que, interrumpiendo cursos causales salvadores, y teniendo la obligación de salvar al menor, incumplen los deberes de salvamentos necesarios por lo que son autores a título de comisión por omisión. Acota el autor que, aun cuando no lo quisieran, sabían que era previsible la muerte del menor, y toleraron aquello por lo cual se configura la modalidad de dolo eventual. Además Ordeig (2006) añade, basándose en el caso, que lo que se interrumpe es el curso salvador que lo inicia quien va a socorrer, por lo que sería una omisión de socorro salvo si en el sujeto socorrista concurre la calidad de garante. Si, por el contrario, lo que se interrumpe por un tercero es el curso salvador de un garante, entonces estamos en el escenario del delito de resultado correspondiente por lo que se corresponde con la condena del Tribunal Supremo. Silva (2013), problematizando, nuevamente, sobre la idoneidad *ex ante* del curso causal salvador de los médicos, difiere de aquella apreciación de Ordeig pues “tales distinciones carecen de fundamento” (Sánchez, 2013, pág. 1) toda vez que en ambas lo que se presenta es una omisión pues, como se explicó anteriormente, hay una disminución del *statu quo* del bien jurídico ajeno.

Otro caso, que ya tiene cierta antigüedad, es el de la Sala Penal del Tribunal Supremo Español del 27 marzo 1990, que versa sobre un caso en la que una mujer después de ser víctima de una agresión por parte de su marido queda malherida en el hospital. Llegó un sujeto desconocido quien era testigo de Jehová y señalando también como perteneciente a esa congregación a la paciente pidiendo se le negara cualquier transfusión sanguínea. Ante el caso omiso de los médicos, el sujeto retira el catéter, negándose posteriormente a que se repusiera la cánula y que continuase la transfusión, por lo que la paciente fallece. Se le condenó al marido de la mujer y a este sujeto por autoría del delito de homicidio.

Sobre el caso opina Helmut Frister (2011), quién consideró irrelevante considerar la punibilidad de ese sujeto desconocido bajo el entendido de un curso causal salvador ya que el autor es finalmente quien, a propia mano, lo interrumpe lo que a efectos prácticos sería una causación directa. No distingue pues entre causación directa e interrupción de un curso causal salvador.

Sobre dicho caso también diserta Roxin (2006) manifestando la aceptación en cuanto a que las interrupciones de un curso causal salvador como comisiones no implican una réplica o refutar el parámetro que dice que no deben ser considerados cursos causales hipotéticos en la comisión, sino que este es un matiz de ese parámetro o de esa regla. En casos donde hay una interrupción a un curso causal que pretende salvar un bien jurídico deberá constatar de la idoneidad *ex ante* y *ex post* con tal de cerciorarnos que el resultado si se fuera a concretar para imputar, objetivamente, el resultado. Nuevamente aparece un autor que pone de presente las dificultades que tiene la dogmática, en general, de constatar objetivamente que un curso causal precisamente tendrá esa connotación de salvador.

Finalmente nos encontramos con la sentencia del Tribunal Supremo del 5 de octubre de 2001 donde el autor del delito realizó una penetración con violencia a la víctima, Eva, mientras que el cómplice del autor material sujetó al marido (Harald) de la víctima para que “no pudiera auxiliar a su esposa” (Tribunal Supremo Español, Sala Penal, 5 de octubre, 2001). Se les condenó a uno por autoría en el delito de violación y al otro por ser partícipe del mismo.

Frente al citado caso opina Ordeig (2006), quien dice que hay un interrupción de un curso causal salvador propiciada por un partícipe del hecho, como “cooperador necesario de un delito de violación se fundamenta en que si no hubiera obrado como lo hizo, Harald habría auxiliado a Eva y podría haber impedido las mencionadas penetraciones forzadas” (Ordeig E. G., 2006, pág. 377). Nuevamente, frente a este y a los anteriores casos, la doctrina es crítica en analizar si realmente se habría logrado la evitación o salvar el bien jurídico afectado por el delito. Algunos como Stratenwerth (2000) opinan, sin diferenciar entre lesión y oportunidad, que, realmente, si había probabilidad alta del salvamento del bien jurídico, se debía hacer la imputación toda vez que se interrumpió un curso causal salvador.

Parece ser que la posición que lograría conciliar una imputación que no sea del todo o nada, de absolver o condenar enteramente, viene dada por los autores anglosajones del derecho civil con el tema de la pérdida de oportunidad, donde se indemniza la pérdida

de la posibilidad que tenía el sujeto pasivo de poder salvar (o que le salvaran) su bien jurídico afectado con otro curso causal. Lo anterior es el esbozo que hacen autores como Bronaugh (1983) en Estados Unidos o incluso con acogida, de vieja data, por altos tribunales franceses:

Si no es posible otorgar una indemnización por daños y perjuicios por un daño puramente posible, es de otra manera cuando el daño, aunque futuro, aparece a los jueces del hecho como la prolongación segura y directa de un estado de cosas actual y como susceptible de estimación inmediata (Tribunal de Casación Francés, sentencia del 1 de Junio, 1932).

Por último, aterriza esta propuesta al concepto de interrupción de cursos causales salvadores donde el curso lesivo es natural (como cierta enfermedad) el mismo Silva:

En casos en los que el curso lesivo es natural —una enfermedad—, en cambio, el problema parece insalvable: pues se habrá “ayudado” a un curso natural. Lo que queda en pie, desde luego, es la pérdida de una oportunidad a la que el sujeto pasivo tenía derecho o con respecto a la que, en todo caso, ostentaba una expectativa protegida por el Derecho (la perte de chance, loss of opportunity, en los términos de la doctrina civilista francesa). (Sánchez, 2019, pág. 3)

3. Propuestas de interpretación e imputación en el caso colombiano

En la hipótesis partimos que analizaremos los cursos causales salvadores como fenómenos de acción, por regla general, y como fenómenos de omisión, excepcionalmente y cuando haya posición de garante. De allí que enunciaremos los artículos del Código Penal que nos permitirán aterrizar esa postura al sistema jurídico colombiano y de allí nos encargaremos de estudiar ciertos casos que ha conocido la Corte Suprema de Justicia y se realizará la reflexión e imputación correspondiente a la luz de los análisis que se han hecho en el estudio de la interrupción de cursos causales salvadores por autores del derecho comparado. Adicionalmente, se realizará una propuesta de orden político criminal cuando se presente el inicio de interrupción de un curso causal salvador que, por motivos ajenos al interruptor, no se concretó.

Partimos, inicialmente, de la definición de conducta punible en nuestro ordenamiento jurídico, la cual se encuentra en el artículo 9 de la Ley 599 de 2000, de acuerdo con el cual la conducta debe ser típica, antijurídica y culpable. La conducta punible puede ser cometida por acción o por omisión, según el artículo 25 de la Ley 599 del 2000, que explica la omisión respecto a aquel quien tenga la situación jurídica de dificultar o privar el efecto del tipo penal y no lo hiciere, teniendo la alternativa de hacerlo. A su vez, en el referido artículo, se menciona la posición de garantía, donde será necesario que el sujeto tenga bajo su responsabilidad o competencia la vigilancia de cierto bien jurídico tutelable o de cierto riesgo vía Ley o Constitución.

En dicho artículo se mencionan las situaciones que hacen posible configurar la posición de garante:

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

Además, en el artículo 10 de la Ley 599 del 2000 brinda claridad sobre la tipicidad, se dice que la ley penal deberá definir de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal. Respecto a los tipos de omisión, prescribe el artículo, el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley. El citado artículo es importante debido a que prescribe que el deber, ese mismo deber de abstención del que hablaba Silva (2013) para esos tipos omisivos, debe estar expresa y taxativamente consagrado en la ley.

Con este espectro normativo clarificado y con nuestra hipótesis ya expuesta pasamos a analizar ciertos casos que se han dado en la jurisprudencia y a reformularlos en términos

de interrupción (o no) de cursos causales salvadores, toda vez que en nuestra jurisprudencia es un tema que no ha tenido tratamiento.

El primer caso a analizar es el de la Sentencia 30021 del 2 de diciembre de 2008. En los hechos del caso se presenta la muerte de una paciente debido a una anemia aguda a raíz de un sangrado uterino postparto. Se les acusa a las profesionales de la salud de haber sido negligentes respecto al monitoreo de la paciente durante el tiempo que estuvo bajo su cuidado, lo cual ocasionó su muerte. La paciente ingresa al hospital con unas hemorragias derivadas de un parto, el cual se realiza satisfactoriamente por lo que es puesta a cargo de una profesional de la salud, quien, a su vez, tenía a su cargo a dos enfermeras para la revisión de dicha paciente. Argumentando que entre las 12 y 2 de la madrugada tuvo signos de bienestar dicha paciente, hubo un abandono de cuidados, según el Tribunal Superior de Buga que las condenó, lo cual desencadenó que a las 4:20 am la paciente muriera de una crisis súbita y cataclísmica.

Teniendo estos hechos realicemos y respondamos una serie de interrogantes. Respecto al riesgo no habitual y a las necesidades características del bien jurídico: ¿es una necesidad característica del bien jurídico vida de la víctima estar sometido a constante revisión en un centro hospitalario?, ¿era habitual en la paciente tener que acudir allí por la presencia de hemorragias?, ¿el salvamento hacia sus bienes jurídicos de integridad personal y de su vida estaba en curso o llegando?

A las primeras preguntas tendríamos que contestar que la víctima de los hechos estaba allí de manera circunstancial y no porque su estado de salud requiriera con frecuencia estar en constantes chequeos médicos, sino porque simplemente dio a luz, lo cual es un hecho que aunque se va planeando conforme a las revisiones médicas no es una necesidad característica del bien. No es pues una necesidad característica del bien jurídico vida, en general, estar sometido todo el tiempo al chequeo médico sino que esta se da excepcionalmente, en el caso concreto, cuando es puesto a cargo de la médica después del parto. Luego, frente a la última pregunta, al estar en tratamiento u observancia médica respecto a su hemorragia, podemos afirmar que, a lo menos, se

estaba intentando preservar o salvar el bien jurídico de su integridad personal y, de forma mediata, el bien jurídico vida de la paciente y que esto fue abruptamente interrumpido por la negligencia de las profesionales de salud en el momento en que dejaron a su suerte a la paciente. Concluimos pues, según los criterios de distinción propuestos por los autores del derecho comparado, que la imputación realmente es bajo efectos de interrupción de cursos causales salvadores. Los cursos causales salvadores en el presente caso son la disposición de los equipos y la atención médica para preservar el bien jurídico de la integridad personal y, de forma mediata, el bien jurídico de la vida de la paciente; dichos cursos causales se ven interrumpidos con la negligencia de las profesionales de la salud.

Ahora, partiendo del hecho donde, según la Corte Suprema, a los profesionales de la salud "le fue asignada la función principal de atender pacientes en el servicio de urgencias" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Casación No. 30021, 2008); tenemos que existe una posición de garante en cabeza de la médica y las enfermeras toda vez que, en el entendido del artículo 25 numeral 1, se asumió voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio. De allí que la imputación que se hace o la forma que se realiza el tipo objetivo, en rigor, es mediante la omisión, pues tenía el deber de proteger a la paciente de cualquier circunstancia adversa que pudiera ocurrirle mientras se le "salvaba" en su bien jurídico integridad personal y/o vida. Advenida la negligencia y muerta la paciente entramos a evaluar y a concluir, en términos de Silva (2013), si se afectó el *statu quo* de los bienes jurídicos ajenos, esto es, de la paciente en tanto implicó un empeoramiento en ellos que efectivamente ocurrió. Siendo esta desmejora la causalidad que precede el análisis o el tamizado que hace la imputación objetiva. En palabras de Roxin (1997), tenemos que, con dicho empeoramiento de los bienes jurídicos de la paciente, al abandonarse durante dos horas sin cuidarla, se creó un riesgo no permitido para el objeto de acción donde dicho riesgo se concretó en el resultado típico que fue la muerte fruto del homicidio culposo y dicho resultado es cubierto por el tipo penal que va concatenado, precisamente, con la posición de garante que tienen las

profesionales de la salud. Recordemos, lo anterior, transversalizado por la negligencia que demarca la tipificación culposa del delito de homicidio.

Se procede a analizar la Sentencia 37.327 del 8 de noviembre de 2011 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Los hechos versan sobre una médica que es acusada por homicidio culposo pues en el hospital llega un hombre ebrio con varias heridas y algunas de ellas de gravedad. La acusada le suturó las heridas, en su fórmula le prescribe un medicamento y una serie de exámenes y lo dejó en reposo donde no se dio cuenta de la lesión cerebral que tenía dicho paciente. Al otro día el paciente falleció

Dicha sentencia es bastante interesante para abordar el tema de la diferencia entre la causación directa y la interrupción de un curso causal salvador. Veamos. Para la Corte, los medios probatorios tuvieron suficiencia probatoria en tanto se comprobó que la profesional de la salud no se ciñe a los protocolos de la *lex artis*, la cual prescribía la realización de un examen neurológico total, lo que derivó en la elevación de un riesgo no tolerable jurídicamente que deviene en el resultado de la muerte del paciente. El experto en medicina forense que intervino en el caso dice que por las circunstancias físicas en las cuales se encontraba el paciente, la *lex artis* prescribía la necesidad “de realizar un examen en los términos que lo ordenan los protocolos de manejo de trauma craneoencefálico. Requería el establecimiento de una escala de coma de Glasgow y una valoración neurológica completa” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Casación No. 37.327, 2011).

Concluye la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que la sentenciada desconoció la correcta práctica médica, pues omitió valorar conforme los protocolos al paciente y, además, ignoró deliberadamente su recuperación mientras estaba asignado a su cargo donde ella detentaba la calidad de garante. Se dice en la sentencia que “el fallecido era un paciente rescatable que con un adecuado diagnóstico e intervención hubiera tenido un final diferente” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Casación No. 37.327, 2011).

Ahora, acá podemos echar mano de la diferencia que propone Lerman (2015) respecto a la causación directa y la interrupción de cursos causales salvadores ya que, al paciente del caso, ya se le habían brindado los medios para su salvamento y los tenía a su disposición. Es por una mala praxis que se ocasionó su muerte, sin embargo, ya estaban en su disposición los medios. O, mejor, ya estaban en disposición de la médica encargada del tratamiento. Simplemente, ella omitió una serie de pruebas que de haberlas realizado hubiera salvado la vida al paciente con alta probabilidad, según la Corte, y que por no hacerlas desencadenó en la muerte del mismo. La imputación sería un homicidio culposo o involuntario en la modalidad del tipo objetivo de omisión o comisión por omisión pues, cuando los protocolos médicos le señalaron que actuara de determinada manera, no lo hizo y por lo tanto causó directamente la muerte.

Precisamente en lo anterior radica la valía de esta sentencia en nuestro país, pues, es de las pocas que se tiene conocimiento, incluso comparándolas con las que vimos en el derecho comparado, donde surge el problema de causación directa o interrupción de cursos causales salvadores en un mismo sujeto. Véase que en las demás siempre hay participación de varios sujetos, la víctima, quien dispone un salvamento (salvamento que puede ser natural) y quién lo interrumpe. Acá se presenta la discusión que permitió concluir que hay que ser muy finos a la hora de analizar si realmente la víctima ya tiene en su esfera o en su haber los elementos que permitan el salvamento del bien jurídico.

Por último, analicemos la Sentencia 32.582 del 28 de octubre de 2009 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Allí se presenta el caso de una mujer que acude a la Clínica de Seguro Social por una aparente gripa que se tornó en un infarto, por lo que tuvo que ser remitida a la unidad de cuidados intensivos. Después de varias juntas médicas se determina la práctica de una coronariografía y el tratamiento por hallazgo urgente. Ahora, al imputado, el Gerente de dicha clínica, tuvo cierto retraso y dio un permiso de otros exámenes que, otra Junta médica al reunirse de nuevo, se los había pedido. En suma, el permiso que concedió con cierto retraso eran de exámenes que eran inútiles para enterarse de la patología que sufría la paciente y por lo tanto la Fiscalía le imputó delito de homicidio culposo a título de autor.

La Corte, restringiendo la posición del gerente a actuaciones administrativas, lo absuelve. Para la Sala, las actuaciones del Gerente no podían ir en contra de las indicaciones de los profesionales que la estaban tratando y, aunque contara con los elementos que acreditan su rol de garantía, solamente debía conocer asuntos relacionados al carácter administrativo del hospital, no conocía asuntos médicos. Respecto al retraso, en la opinión que brinda un galeno en la sentencia, por el contexto médico y de salud en el que estaba sumida la paciente y la probabilidad de muerte del procedimiento que se le requirió al Gerente, que podía repercutir en un probable infarto (de nuevo) con consecuencias mortales, se recomendaba esperar varias semanas después de la ocurrencia del infarto para disminuir el riesgo de muerte de la operación.

Ahora, el caso es bastante ilustrativo a la hora de analizar la interrupción de cursos causales salvadores toda vez que el Gerente sí que interrumpe los cursos causales salvadores cuando retrasa la aprobación de un procedimiento que, se presumía, salvaría la vida, aprobando un procedimiento que no era el correcto. Tenemos que se interrumpen los cursos causales salvadores y se diferencia de una causación directa pues apenas estaban llegando los medios que pretendían salvaguardar la integridad personal de la paciente y dependían de los permisos y aprobaciones del Gerente, el cual retrasó el procedimiento adecuado y aprobó el procedimiento incorrecto.

Ahora, este caso, teniendo todos estos elementos, nos permite incorporar los temas de imputación objetiva y *statu quo* de los bienes jurídicos ajenos que se tratan por parte de la doctrina en el derecho comparado. Ahora, a pesar de que se reúna la estructura de la interrupción de los cursos causales salvadores desplegados por los médicos tratantes, tenemos que decir que no se puede imputar objetivamente el resultado toda vez que la realización del riesgo o del resultado se hubiera producido aun dentro del riesgo permitido. Precisamente, la Corte en la sentencia justifica el retraso del Gerente ya que se está buscando la preservación de la salud de la persona ya que admitir dicho procedimiento y ejecutarlo después de realizar un procedimiento similar, sin importar que no hayan pasado los días recomendados, tiene un alto riesgo de mortalidad.

Dice la Corte en la sentencia que :

La mora en la que pudo haber incurrido el procesado (10 días), es intrascendente porque no era viable en términos de morbilidad intervenir quirúrgicamente a Leticia, en ese lapso, sin esperar un término prudente de 4 a 6 semanas (según los cardiólogos) dado que el riesgo de un resultado altamente fatal podía presentarse como una consecuencia natural al estado crítico de la paciente, por la severa y avanzada enfermedad cardiaca que padecía (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Casación No. 32.582, 2009).

Mal haría la Corte si hubiera imputado entonces el delito cuando, incluso, en el ámbito de creación de riesgo de la imputación objetiva, lo que hizo el Gerente, a pesar que su posición de garante se circunscribía a lo meramente administrativo, fue disminuir el riesgo para la integridad personal de la paciente. Con ello, precisamente, no hay una disminución en el *statu quo* de la paciente pues, por lo contrario, con el reposo que es recomendable lo que se hace es aumentar el nivel o la probabilidad de preservación de los bienes jurídicos que están en riesgo.

Luego, esta sentencia realmente es valiosa pues precisa un análisis minucioso ya que aunque, a simple vista, sí se presenta una estructura de interrupción de cursos causales salvadores, hay una justificante en los mismos en el orden del riesgo permitido y la disminución del riesgo. Por lo anterior, no se puede imputar, objetivamente, el resultado.

Conclusiones

Es necesario, según lo demanda la dogmática actual, hacer un enlace de la estructura de la interrupción de cursos causales salvadores con la imputación objetiva que presentan autores como Roxin, para, realmente, valorar la idoneidad *ex ante* y *ex post* del curso causal salvador.

No basta simplemente la constatación de la existencia de la estructura, sino que debe diferenciarse plenamente de la causación directa cuyas particularidades señala Lerman,

en tanto que el curso causal salvador es aquel que apenas está llegando y hay causación directa cuando los medios de salvamento ya están en disposición de la víctima.

Se puede estudiar más el tema de la interrupción de cursos causales salvadores cuando la calidad de salvador e interruptor se conjugan en una persona. Pues es allí donde configura la aplicación del criterio de la llegada de los medios de salvamento para diferenciar la causación directa de la interrupción de cursos causales propiamente dicha. Incluso, se puede llegar a la admisión de que, en casos sumamente difíciles, la diferencia entre causación directa e interrupción de cursos salvadores va en la argumentación del operador jurídico, pues depende de la ubicación que él haga de la posible llegada de los medios de salvamento o que ya llegaron y se encuentran a disposición de la víctima. Es realmente un tema que no se trata, por el momento, en el derecho comparado.

Se problematiza más en Alemania respecto a la idoneidad y el carácter de salvador del curso causal. Se analiza y se reflexiona más, por parte de la jurisprudencia, si realmente pudiese salvar el bien jurídico en concreto. En España, por el contrario, no se efectúa tan a profundidad tal análisis a pesar que hay autores como Silva que proponen el concepto de idoneidad ex ante en la doctrina.

Si realmente no se quiere llegar a un problema de extremos en la imputación derivada del análisis de la estructura de cursos causales salvadores, donde o se condena o se absuelve, se podría buscar en las propuestas que vienen del Derecho Civil con la compensación por pérdida de oportunidad. Ya que, aun si no es seguro que el curso causal sea salvador, sí es seguro que se ha privado de una oportunidad que dicho curso actúe salvando eventualmente a la víctima. Es un tema político criminal que permite al juez moverse en un ámbito de mayor o menor punibilidad según la intensidad de la interrupción del curso causal y que implique un castigo de la conducta.

Referencias

- Aguado, P. M. (1998). *Tipicidad e imputación objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Bronaugh, R. (1983). Lost Opportunities and Contract Damages. *Valparaiso University Law Review*, 735-752.
- Collins, J., Hall, N., & Paul, L. (2004). Counterfactuals and causation: history, problems, and prospects. *MIT Press*, 60.
- Freund, G. (1991). "Richtiges Entscheiden - am Beispiel der Verhaltensbewertung aus der Perspektive des Betroffenen, insbesondere im Strafrecht zugleich ein Beitrag zur Relativität objektiver Daten. *Revista Argumentum*, 387-410.
- Frister, H. (2011). *Derecho penal, parte general*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- Haas, V. (2002). *Kausalität und Rechtsverletzung, Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Haas, V. (2016). Strafbarkeit wegen (versuchten) Totschlags durch Manipulation von Patientendaten im Bereich der Leberallokation? *HRRS*, 384.
- Hruschka, J. (1988). *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*. Berlín: De Gruyter.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos Y Teoría De La Imputación*. Madrid: MARCIAL PONS.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons .
- Jakobs, G. (2012). *System der strafrechtlichen Zurechnung*. Frankfurt: Vitorio Klostermann.
- Joerden, J. C. (1986). *Dyadische Fallsysteme im Strafrecht*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Kaufmann, A. (2006). *Dogmática de los delitos de omisión, Trad. CUELLO, Joaquín/SERRANO, José Luis, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2006, p. 267*. Madrid: Marcial Pons.
- Lerman, M. D. (2013). *La omisión por comisión*. Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- Lerman, M. D. (2015). "Sobre el criterio de distinción entre la interrupción de cursos causales salvadores. *Lecciones y Ensayos*, 131-147.
- Maurach, R., Gossel, K.-H., & Zipf, H. (1995). *Derecho penal. Parte General 2. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Meliá, M. C. (2001). *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. Madrid: Ediciones Jurídicas Cuyo.

- Navas, I. (2015). *Acción y omisión en la infracción de deberes negativos en derecho penal*. Santiago de Chile: Scielo, Política Criminal.
- Nivicela, L. J., Izurieta, W. G., & Cuenca, M. E. (2018). *El concepto y las funciones de la acción como elemento de la teoría del delito*. Machala: Universidad Técnica de Machala.
- Ordeig, E. G. (2006). UNA TERCERA FORMA DE REALIZACIÓN DEL TIPO: LA INTERRUPCIÓN DE CURSOS CAUSALES SALVADORES. *REVISTA CENIPEC*, 365-405.
- Ordeig, G. E. (2006). *UNA TERCERA FORMA DE REALIZACIÓN DEL TIPO: LA INTERRUPCIÓN DE CURSOS CAUSALES SALVADORES*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Overbeck, v. (1922). Unterlassung durch Begehung. *GS 1922*, 318-337.
- Ragués i Vallès, R. (2007). *La ignorancia deliberada en Derecho penal*. Barcelona: Editorial Atelier.
- Rostalski, F. (2018). «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für spezifische Fehlverhaltensfolgen. *Verzeichnis wissenschaftlicher Schriften und Publikationen*, 700 y ss.
- Roxin, C. (1997). *DERECHO PENAL PARTE GENERAL TOMO 1. FUNDAMENTOS. LA ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL DELITO*. Madrid: Civitas.
- Roxin, C. (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Madrid: Civitas.
- Rudolphi, H.-J. (1966). *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*. Göttingen: Göttinger Rechtswissenschaftliche Studie.
- Sánchez, J.-M. S. (2007). Réplica. *Revista Discusiones*, 187-188.
- Sánchez, J.-M. S. (2013). *Interrupción de cursos salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización: un problema de justificación*. Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Sánchez, J.-M. S. (2019). Frustración de oportunidades terapéuticas. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 3.
- Schmidhäuser, E. (1975). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Tubinga: Lehrbuch, 2.a ed.
- Stratenwerth, G. (2000). *V. Strafrecht AT, I, 4ª ed., 2000, § 13 n. m. 3*.
- Vélez, H. R., Pedroza, A. F., Rugeles, M. D., Burgos, E. A., García-Baylles, S. E., & Marín, J. P. (2019). *Temas de derecho penal parte general. Teoría general del derecho penal*. Medellín: Editorial Universidad Pontificia Bolivariana,.

Welzel, H. (2004). *El nuevo sistema de derecho penal*. Buenos Aires: IBdeF.

Zaffaroni, E. (2001). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Sociedad Anónima editora.

Referencias normativas

Colombia. Congreso de la República. Ley 599 (2000). Por la cual se expide el Código Penal

Referencias jurisprudenciales

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Bogotá D.C. Sentencia SP7135-35113 de Junio de 2014. Magistrado Ponente: Eugenio Fernández Carlier.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Bogotá D.C. Sentencia SP14547-46604 de Octubre de 2016. Magistrado Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Bogotá D.C. Sentencia 37.327 del 8 de noviembre de 2011. Magistrado Ponente: José Leónidas Bustos Martínez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Bogotá D.C. Sentencia 32.582 del 28 de octubre de 2009. Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Bogotá D.C. Sentencia 30021 del 2 de diciembre de 2008. Magistrado Ponente: Jose Leonidas Bustos Martínez.

Sentencia del Tribunal Regional de Essen (GA) del 6 de Julio de 2018.

Sentencia del Tribunal Federal de Justicia de Alemania (BGH) del 28 junio de 2017.

Sentencia del Tribunal de Casación Francés del 1 de Junio, 1932.

Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo Español del 27 de junio de 1997.

Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo Español del 27 marzo 1990.

Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo del 5 de octubre de 2001.