

MARIBEL NARVÁEZ MORA

*Causalidad y omisión en la actuación médica.
Rompecabezas conceptual
para el enjuiciamiento penal*

Max: You – you killed him?

Vincent: No. I,... I shot him. The bullets and
the fall killed him.

Collateral (2004)

Director: Michael Mann

Guionista: Stuart Beattie

1. *Presentación* – 2. *Elementos conceptuales básicos* – 3. *¿Acción algo, omisión nada?* – 4. *Causalidad omisiva en derecho penal* – 5. *Causalidad omisiva en la actuación médica* – 6. *Preguntas a modo de conclusión.*

1. *Presentación*

El tratamiento simultáneo de las nociones de causalidad y omisión, en derecho penal, dibuja un mapa conceptual inestable. Dicha inestabilidad pivota entre varias coordenadas. Por un lado, algunas posiciones sostienen que existen dos tipos de causalidad – uno para las acciones y otro para las omisiones – y otras se oponen diciendo que acciones y omisiones requieren el mismo tipo de análisis causal. En esta coordenada de lo que se trata es de discutir si las ontologías en juego para acciones y omisiones son distintas o no. Por otro lado, cuando se deja de lado la cuestión ontológica y se entiende que la coordenada de referencia tiene carácter normativo o de imputación, las posiciones difieren al decir que sólo en un caso, el de la acción, estamos ante una causalidad propiamente dicha, siendo el de la omisión una causalidad adscrita o presupuesta. En este trabajo intentaré explicar la tensión conceptual que propicia la inestabilidad mencionada. Para hacerlo expondré primero algunos elementos conceptuales básicos sobre la aplicación del derecho. A continuación enunciaré el problema – real o aparente – al que esos elementos básicos llevan cuando de lo que se

trata es del enjuiciamiento de omisiones. Analizaré una concreta propuesta jurisprudencial¹ en el ámbito de la responsabilidad penal médica que representa claramente la tensión mencionada. Dicha decisión se planteó como objetivo zanjar la inestabilidad interpretativa sobre la causalidad omisiva en la actuación médica. Sostendré, por último, que la sentencia no consigue su propósito, precisamente porque la tensión en juego no se deja apaciguar por el mero ejercicio cognoscitivo y requiere una toma de postura político-normativa sobre la aplicación del derecho.

2. *Elementos conceptuales básicos*

“El derecho se aplica a hechos” es un eslogan enraizado profundamente en la conciencia jurídica, especialmente positivista, que da vida a una tesis fundamental sobre la práctica judicial.

Si construyésemos un par de listas con el léxico integrante de un campo semántico para cada uno de estos elementos –el derecho y los hechos–, encontraríamos vocablos como los siguientes: en la primera, la del derecho, “atribución”, “norma”, “imputación”, “valoración”, “reproche”, “política criminal”; en la segunda, la de los hechos, “ontología”, “información”, “verdad”, “objetividad”, “ciencia”, “neutralidad”, “causalidad”².

Las listas sólo pretenden tener una virtualidad heurística. La lista de lo que podríamos llamar fáctico contiene vocablos que hablan de que algo es el caso, ha sucedido, ha tenido lugar o ha sido hecho: lo que es. La lista de lo, por decirlo así, normativo, incluye palabras que van a indicar consecuencias elegidas asociadas al elemento fáctico en caso de que tal elemento se verifique: lo que debe ser. Los hechos (determinados) tienen una prioridad temporal respecto de la aplicación normativa ya que de lo contrario, nada podría aplicarse justificadamente, o dicho de otra forma, nada contaría de lo contrario como aplicación *a* hechos. Además, el estado de cosas, hecho, evento o acción – según los casos – tiene que ser el efectivamente decidido de antemano: digamos que este sería otro modo

¹ Sentencia de las Secciones Unidas del Tribunal de Casación Italiano de 10 de julio de 2002. n. 30328.

² Con frecuencia, encontraremos a la “interpretación” haciendo de puente, aunque no siempre se acepte de buena gana la difuminación del contorno semántico que separa los dos polos. Téngase en cuenta que aunque la “comprensión” (*Verstehen*) weberiana se entendía como *método de conocimiento* social, desde las aportaciones de P. Winch la idea de acción se configura enteramente a través de la interpretación (a veces comprensión, a veces acuerdo) de las reglas sociales que las constituyen. Dicho de otra forma, ni el empirismo sociológico ni el realismo ontológico se presentan en la filosofía continental como sustratos para hablar hoy por hoy de acción humana.

de presentar la discutidísima subsunción aplicativa del derecho, así como alguna de las facetas del principio de legalidad. El recorrido que subyace a esta cuestión – tan básica que es trivial – pasa por satisfacer dos momentos: el establecimiento del hecho y sus consecuencias normativas.

Cuando se trata del Derecho Penal, la sofisticación de la Teoría del delito, multiplica las fases. En todo caso, las primeras se presentan como un recorrido, a veces prejurídico y naturalizado – en especial si se acogen modelos iuspositivistas – y otras veces las indeterminaciones en ambas fases inciden parcialmente en las oscilaciones a las que me voy a referir.

Los hechos a los que se aplica el derecho penal son el resultado de la conducta humana, esto es, se trata de acciones. Es ésta una cuestión normativa que, en el caso italiano, se exige constitucionalmente en el art. 27 “la responsabilità penale è personale”. La lectura de dicho mandato constitucional es dual. Por un lado, excluye responsabilizar penalmente (adscribir o imputar responsabilidad) al margen de la conducta humana: acaecimientos, estados de cosas que por dañinos o perjudiciales que sean se producen naturalmente, y por el otro, la adscripción o atribución a una persona por lo que haya hecho otra: se trata de responsabilidades directas y subjetivas.

Pero, ¿qué ocurre, frente a este sencillo panorama, cuando nos encontramos con hechos que, se dice, son el resultado de (causados por) omisiones? En esos casos toda cautela para evitar el error de enjuiciamiento parece poca: se teme ser tolerantes con supuestos de falsos positivos y falsos negativos al aplicar normas penales si no se trabaja con una adecuada noción de causalidad que pueda ser conjugada con la idea de omisión. Que se aplique el derecho a lo efectivamente acaecido y que no se aplique a lo no previsto es algo a lo que no se puede renunciar: incluso la eficacia kelseniana, viene constituida por ese mínimo³.

Esto se confirma en el contexto judicial con especial fuerza cuando se tiene el deseo (genuino o espurio) de evitar una mezcla de injusticia, error, e inconsistencia a través de las propuestas doctrinales sobre la omisión impropia para supuestos médicos en derecho penal.

El rompecabezas básico que nos ocupa puede enunciarse como sigue: cuando la propuesta doctrinal que se admite imposibilita, en un caso concreto, que el elemento fáctico pueda considerarse presente (por ejemplo se defiende una noción de nexo causal tal que no tiene viabilidad en el supuesto de que se trate) no cabe asociar justificadamente a éste las soluciones jurídicas previstas pero, a veces es eso lo que se desea hacer.

³ La eficacia kelseniana se verifica con la aplicación de la sanción cuando concurren las condiciones para ello y con su no aplicación cuando se realiza la conducta opuesta a dichas condiciones. Para profundizar sobre las nociones de eficacia normativa como cumplimiento y como aplicación véase HIERRO, 2003.

La situación opuesta se produce cuando la propuesta doctrinal nos dice que el elemento fáctico es innegable (por ejemplo, se defiende una noción de nexos causal tal que resulta evidente su presencia en el supuesto de que se trate) y, sin embargo, no se considera justo o razonable, por razones normalmente internas al ordenamiento jurídico, la asociación de los efectos previstos penalmente. Como esquema de representación del problema, siendo A el símbolo para señalar la presencia del elemento fáctico y B el símbolo que representase las consecuencias jurídicas previstas, lo que se produce es una de las dos cosas siguientes:

- 1) La ausencia de A impide la aplicación de B, pero B debería aplicarse.
- 2) La presencia de A permite la aplicación de B, pero B no debería aplicarse⁴.

Si hacer responsable a alguien penalmente de un resultado lesivo requiere, por legalidad y justicia, una determinación previa sobre la causa o causas de ese resultado, cerciorarse de contar con la más adecuada noción de causalidad parece imprescindible. Ese razonamiento, debido a situaciones como las representadas por 1), no se comparte de manera unánime: hacer responsable penalmente de un resultado lesivo, por legalidad y justicia, podría no requerir la verificación de una relación causal *bajo ciertos modelos*, entre conducta y resultado típico, pero entonces algo habrá de decirse sobre cómo se mantiene la idea básica de aplicación del derecho, legalidad, y eficacia. Nuestros modelos garantistas parecen empujar con fuerza en contra de esta opción – digo parece, porque esa es la pretensión de quien en nombre del garantismo rechaza las imputaciones objetivas, o cualesquiera otras asunciones que otorgan relevancia al aumento de riesgos. Quien de ese modo exige el uso de nociones más estrictas de causalidad se proclama garantista frente al que “flexibiliza” los requisitos⁵, aunque tendrá que enfrentar la imposibilidad de responsabilizar casos que “claman al cielo”. Por su parte, quien promueve vías supuestamente más laxas, que se consideran tales sólo porque dan cabida a casos que las estrictas dejaban al margen, tiene que conceder un papel

⁴ La estructura con la que se presenta aquí el problema guarda relación con la definición de “laguna axiológica” en el modelo de sistema normativo de Alchourrón y Bulygin. Por supuesto, el contexto es en esta materia completamente distinto, pero la idea de que “no debería o debería” solucionarse de manera distinta a cómo aparece determinada una cuestión por las premisas iniciales está también presente. Hay, podría decirse, una insatisfacción axiológica que mantiene el debate.

⁵ F. Stella utiliza la expresión “flexibilización” de modo muy crítico alegando que dicha flexibilización es un modo de doblegar el modelo del derecho penal del evento frente a supuestas exigencias de la modernidad. Véanse STELLA, 2000 y 2003.

“productor” de hechos penalmente relevantes al juez que toma decisiones con base en tales vías. Este es un debate normativo de profundo interés.

3. *¿Acción algo, omisión nada?*

Es posible encontrar análisis – dicho sea de paso, recientes – sobre la tríada omisión-causalidad-responsabilidad, en los que se sostienen cosas tales como: “First, generically, an omission is literally nothing at all” (MOORE, 2009: 53). Dicho así, la ausencia de actividad convertida en negación de la acción da a entender que la acción es *algo* y la omisión *nada*. Para Moore, las infracciones penales como el homicidio, en virtud del uso de verbos causativos, presuponen un conjunto de elementos que no pueden estar presentes en los casos de omisión. Estos son:

1. a willing (or volition) having as its object some bodily movement, when
2. that willing causes
3. the bodily movement willed, and
4. that bodily movement causes
5. death. (MOORE, 2009:53)

Sostiene Moore que en la omisión está siempre ausente al menos alguno de los anteriores requisitos, ya que o no hay muerte, o si ésta se ha producido no se debe a los actos de alguien, porque no hay movimiento o, si lo hubo, fue involuntario. Nos dice que en eso consiste, precisamente, estar ante una “omission to kill” de ahí que no quepa en su opinión el mismo tratamiento causal para acciones y omisiones. Esta presentación es muy llamativa puesto que el derecho alienta a que se produzcan omisiones de matar, cosa que nada tiene que ver con muertes por omisión: cada vez que omitimos matar – por decirlo así – cumplimos el derecho, cosa que no ocurre cuando matamos por omisión – siendo este el supuesto aquí en discusión.

Desde la teoría del derecho de corte analítico, metodológicamente basada en parte, en el análisis lógico, estamos tan acostumbrados a ofrecer las inter-definiciones de los operadores deónticos que la conversión entre descripciones se produce de forma natural: “Prohibido matar” equivale a “Obligatorio no matar”. El rechazo de algo así haría que la descripción del cumplimiento del derecho, atribuida a los ciudadanos obedientes, se tornase imposible: cumplir las normas penales (no matando, no robando o no violando), carecería de poder causal en el mundo. Los actos omitidos no podrían contar como conducta racionalmente deseable porque serían lógicamente imposibles. Igual irracionalidad cabría predicar de la selección hecha por las normas penales (por el legislador penal) al elegir como objetivos de su política criminal mundos que al ser descritos no son

nada porque carecen de relevancia causal. Solo cabe decir que la confusión en el caso de Moore es demasiado gruesa.

No obstante, admitir la simetría o la asimetría entre acción y omisión depende del ámbito semántico-conceptual en el que nos coloquemos⁶. Por ejemplo, desde la teoría del delito, Silva (1986:163 y ss. y 1995: 13-14) prefiere contrastar la omisión con la comisión como categorías equiparables por lo que hace a su cualidad de normativas, siendo la primera una ausencia de intervención y la segunda una injerencia en la esfera de terceros. Eludiendo también razonamientos como los de Moore, Mir Puig, [1984] (2004), es claro y consistente: “[...] en los delitos de acción la ley *prohíbe* la realización de una conducta positiva. Son de omisión aquellos en que se *ordena* actuar en determinado sentido y se castiga el no hacerlo. [...] la diferencia no reside en el plano prejurídico del comportamiento – siempre positivo –, sino en el normativo de la clase de norma jurídica infringida” (MIR PUIG, [1984] 2004: 167).

También von Wright en el ámbito de la filosofía de la acción distinguió diversos sentidos de la falta de actuación: no hacer; abstenerse de actuar, determinado por la posibilidad de hacerlo, y omitir, según se incorpore algún factor de obligación o deber que se traduce en la generación de expectativas. (VON WRIGHT, [1963] 1970:62).

Hay quien para fijar el aspecto fáctico, tanto en el supuesto de la acción como en el de la omisión, utiliza las categorías de determinación y nexo de determinación (PÉREZ BARBERÁ 2006), que no coinciden con las de causalidad y nexo causal. Admite este autor la determinación ontológica de un suceso a través tanto de la acción como de la omisión, pero lo hace de modo tal que la causalidad no juega ningún papel en la fijación del aspecto fáctico cuando se trata de omisiones, ya que considera que éstas no pueden brindar relaciones genéticas. (Pérez Barberá, 2006: 122). Que no quepa la causalidad en la omisión proviene, por lo tanto, de

⁶ La diferenciación o equiparación entre acción y omisión puede reflejarse en usos lingüísticos. Consideremos un par de ejemplos: el contraste en la viabilidad de sentidos entre “interacción e “interomisión*” o la acción para el procesador de textos de “omitir corrección”. Cuando consideramos las acciones en que están involucradas diversas personas siendo unas (motivadas) producidas por las de otras, hablamos de interacciones, sin embargo no existe un uso semejante para la “interomisión*”. ¿Pero podríamos tomar significativa una expresión como la siguiente?: “puesto que la omisión de *x* estuvo motivada por la previa omisión de *y*, y la subsiguiente omisión de *y* porque *x* seguía sin hacer nada, ambos estaban “interomitiendo*”. Un segundo ejemplo: cuando utilizamos un corrector ortográfico en nuestro procesador de textos pulsando el botón derecho del ratón, leemos entre las funciones a nuestra disposición “omitir corrección” cosa que se lleva a cabo seleccionando el sintagma en cuestión y pulsando el botón. Así, ¿resulta significativo afirmar “he omitido la corrección por el mecanismo de pulsar un botón” siendo esto último una acción?

entender que no cabe hablar de la relación productiva (siguiendo a Bunge) necesaria para ser fuente de transformaciones⁷.

El problema de la dogmática continental para equiparar, a efectos de la responsabilidad jurídica, acción y omisión fue considerado por Hart y Honoré una cuestión extraña (HART y HONORÉ [1959] 1985: 449). Descripciones negativas o positivas pueden o no referirse a estados de cosas u objetos, existentes o inexistentes, y no se da ninguna relación necesaria entre descripciones negativas y sucesos u objetos inexistentes⁸.

En general creo que cuando se establecen asimetrías (apelando a aspectos ontológicos) lo que se hace es utilizar una idea de *causación* en la que están en juego las propiedades de las sustancias, la capacidad generativa de las ontologías microscópicas: una causalidad científica, objetiva y determinada. Entonces, claro que no puede dársele cabida a la omisión ¡por definición! Por el contrario, cuando se quiere remarcar que acción y omisión no se diferencian se utiliza el modelo de la *causalidad* como una relación entre hechos que se expresa en las descripciones (positivas o negativas) de tales hechos, mediante juicios causales. Todo juicio causal, en virtud de su sentido, avala contrafácticos por el significado que éste tiene. Las acciones y omisiones relevantes para el derecho penal serán conducta humana que se identificará a través de las conexiones causales que se le otorga en su sentido.

Parte de los problemas en el caso que nos ocupa sobre responsabilidad médica por omisión, se produce por tratar *causación* y *causalidad* simultáneamente⁹. En el ámbito de la actividad médica, la causación productiva entre sustancias es especialmente relevante, y parece avvicinarsse a una cuestión constitutiva. Es cierto que nuestra comprensión social de la práctica médica es epistémicamente realista. Pero una cosa es el conocimiento científico que integra la praxis médica y otra la conducta de los facultativos que el derecho penal regula.

⁷ PÉREZ BARBERÁ, elabora una noción ontológica de determinación, siguiendo a Bunge, que incluye la determinación estadística probabilística, pero también una determinación teleológica en la que aquello que cuenta como ley teleológica de cobertura se expresa en frases tales como: “Quien se propone algo realiza normalmente las acciones adecuadas para lograrlo” (PÉREZ BARBERÁ, 2006: 88). Resulta muy discutible que una tal expresión pueda funcionar como determinación ontológica.

⁸ Compárense una descripción positiva con una negativa, y su verdad o falsedad en virtud de la existencia o inexistencia de los eventos y objetos correspondientes: “La bruja Morgana visitó a mi madre”, “Mi madre no ha visto jamás a la bruja Morgana”. El primero es una descripción positiva falsa. El segundo una descripción negativa verdadera, *pace* Russell *On denoting*.

⁹ Se habla en el primer caso de causalidad física en el segundo de la tesis de la diferencia Véase Ney 2009.

Poner de manifiesto algo así no basta para que dejen de producirse las complicaciones al imputar responsabilidades porque esta es sólo una aclaración conceptual. No basta, puesto que una vez se constata la distinción tiene que admitirse que las descripciones causales (o si se quiere, los juicios de causalidad) no son dictados por el mundo, y eso, ante el garantismo jurídico de quien tiene convicciones sobre la verdad de un mundo prejurídico (pre-aplicativo) al que aplicar normas, no es suficiente.

4. *Causalidad omisiva en derecho penal*

En el ámbito de la responsabilidad penal se han construido múltiples “Teorías” por lo que hace a la causalidad. En principio, la consideración de que se trata de “teorías” podría ser cuestionada ya que no parece que podamos otorgarles a las propuestas valor explicativo o predictivo. Casi con seguridad, no pasan de ser valores semánticos para los enunciados causales. Las consideraciones semánticas no son tan sólo estipulaciones; pueden estar en juego propuestas conceptuales que incorporan fuertes dosis de normatividad: estamos, así, en presencia de concepciones sobre que es hacer algo, actuar, o ser agentes que transforman su entorno.

Una de tales “teorías”, que sigue teniendo gran relevancia en la discusión italiana es la conocida como la de la “*conditio sine qua non*”¹⁰ de Maximiliano Von Buri (1873).

Fue el Magistrado alemán Von Buri quien usó por primera vez en una justificación dicha fórmula aunque el origen vino de la mano del procesalista austriaco Julius Glaser. Para aquel, la entera suma de los factores que tienen alguna eficacia causal, constituyen un conjunto de causas equivalentes. Se suele mencionar el antecedente filosófico de Stuart Mill para quien todas las condiciones (todo lo que ha participado en el surgimiento a algo) conforman la causa de ese algo. En realidad, este supuesto no debería hacerse coincidir con el conocido en derecho penal como *equivalencia de las condiciones*: que todo participe no significa que todo participe de la misma manera, ya que la valoración de la participación es una cuestión normativa.

Más recientemente se han construido propuestas para tratar a las causas como condiciones debido a la relación que existe entre los juicios causales y los contrafácticos correspondientes con los que se les dota de sentido, pero que a la vez, permitan la selección entre el conjunto completo de condiciones. Entre estos se encuentran, por ejemplo, el análisis de J. Mackie (1965) quien entiende que la disyunción de todas las condiciones (complejas) suficientes mínimas es condición necesaria y

¹⁰ En el ámbito anglosajón se expresa la misma idea mediante el uso del “but for test”.

suficiente de ese resultado, pero de lo que se trata es de establecer si una determinada condición tiene para el caso concreto el valor de ser INIS¹¹.

«A es una condición INIS de un resultado P si y sólo si, para algún X y para algún Y, (AX o Y) es una condición necesaria y suficiente de P, pero A no es condición suficiente de P y X no es condición suficiente de P».

Es importante notar que un análisis como el de Mackie, en términos de condiciones INIS, se refiere a causalidad singular y no a leyes de cobertura (universales o estadísticas).

La idea de la *conditio sine qua non*, sin embargo, se recibe en la teoría del delito por lo que hace a la causalidad típica mediante la fórmula “quien que es causa de la causa lo es del mal causado”. Las causas, así, son acciones u omisiones que suprimidas mentalmente hacen desaparecer el resultado tal y como tuvo lugar. Nótese que, a pesar de todo, como muestran los análisis en términos de condiciones, este no es un concepto ontológico de causa ya que, por un lado, lo que se ha identificado como tal es una acción humana cuya identidad no es natural sino social (o si se quiere, proviene de su sentido), y por el otro, no estamos ante una prueba o test empírico sino ante una inferencia semántica. En el derecho penal de España, Francia, Italia, Austria Alemania la concepción de la *conditio sine qua non* ha jugado y juega un papel destacado.

Entre los problemas detectados con el uso de la *conditio sine que non* se encuentran, por un lado, que en el supuesto en examen no esté establecida la relación de causalidad natural: que se desconozca la causa natural (en el caso de la talidomida se llegó a demostrar *ex post*, pero no así en el supuesto del aceite de colza).

En segundo lugar, tampoco parece servir para el supuesto de que haya sobredeterminación causal, o causalidad cumulativa, aunque vale la pena notar que la crítica así formulada se sostiene en el plano lógico: la mayoría de los eventos, o resultados no se producen en un marco de sobredeterminación, de ser así no habríamos conseguido cierto dominio o manipulación a voluntad de resultados.

Por último, la causalidad hipotética descarta el modelo. Según el ejemplo de Engisch cuando en la pelea uno de los contendientes pide a sus amigos que le alcancen una pistola, siendo que efectivamente uno de ellos lo hace, si bien el resto estaba en disposición de haber ofrecido igualmente un arma, no cabe hablar de la entrega del arma con la que se dio muerte como de una condición necesaria.

¹¹ Condiciones que son INSUFICIENTES pero NO REDUNDANTES de una condición INNECESARIA pero SUFICIENTE de algún resultado.

Estos problemas provienen, como he sugerido, de lo que se considera el test, o prueba de la existencia de condición *sine qua non*: “si la causa se elimina mentalmente el evento no se habría producido”. Tal extremo no es otra cosa que la tesis según la cual los enunciados causales avalan expresiones contrafácticas de este tipo. Por más que la *conditio sine qua non* se presente unida a la prueba de la supresión mental, no fue hasta 1910 que tal test pasó a formar parte de la praxis penal – alemana – de determinación del nexo causal (MORSELLI, 2001:1209).

Para enfrentar las críticas que esta concepción de la causalidad suponía se promovieron variantes que incorporaban criterios de selección entre las condiciones (causas). El problema entonces, parece ser cómo mantener tales concepciones en el marco de la causalidad prejudicial naturalizada. ¿No será que así se pasa del elemento fáctico al normativo? No para todas las concepciones esto resultaba ser un problema.

Por ejemplo, el fisiólogo de Friburgo Johannes von Kries (1853-1928) desarrolló la noción de causalidad adecuada. La idea de fondo consistía en operar una selección de entre el conjunto de condiciones participantes en la producción del resultado lesivo. No son causas del resultado que interesen al derecho penal más que las adecuadas para producirlo. Se descartan las consecuencias que no eran previsibles porque para su consecución la conducta enjuiciada no resulta adecuada. Sin embargo, la determinación casuística sobre si la acción que ha causado el resultado tiene un carácter extraordinario parece dejar un amplio campo de acción para la discrecionalidad judicial.

El test de la adecuación se puede catalogar de más flexible si se compara con la *conditio sine qua non* (“but for test”), pero ello depende del contexto ya que a la vez puede tornarse más conservador cuando excluya situaciones que claramente sean condiciones necesarias, aunque éstas por lo general representarían casos hipotéticos. (YOUNG 2008:162).

También Francesco Antoliesi ([1934], 1960) quiso dar una nueva solución que se ubicase entre la doctrina de la *conditio sine qua non* y la de la causalidad adecuada. Su postura básica era entender una relación de dependencia entre el acto y el resultado, necesaria para la imputación. Su noción de causalidad humana se basaba en que la conexiones condicionales pueden tener carácter causal u ocasional. Para poder sostener el juicio de causalidad exigía la presencia de la relación causal y la ausencia de factores excepcionales. Vale la pena señalar que la sentencia que analizaremos más adelante contiene (como no problemáticas) afirmaciones que hacen de la concepción de la *conditio sine qua non* – en conjunción – con “la teoría de la causalidad humana” la base sobre la que determinar el nexo de causalidad, a partir de la interpretación consolidada de los arts. 40 y 41 del CP italiano¹². De

¹² Art. 40 CP italiano: Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge

esta manera la expresión “conseguenza della sua azione od omissione” es la que determina la idea de acción (u omisión) como condición necesaria.

5. Causalidad omisiva en la actuación médica

La relación entre actividad médica y derecho tiene múltiples facetas. En cierto sentido la penetración de las regulaciones jurídicas en todos los ámbitos marca también este supuesto. Así, menor o mayor intervención, autorregulaciones constitutivas de la *lex artis* y mayor o menor intervención para el control del riesgo y la seguridad se presentan en auge o declive en función de los contextos socio-jurídicos de que se trate. Pero existe otro tipo de relación entre quienes desarrollan profesionalmente ambas actividades muy bien descrita por Hennau-Hublet que está detrás del tema que nos ocupa: la incompreensión mutua entre médico y jurista.

«Le médecin accuse le juriste de ne pas percevoir suffisamment la nécessité d’une liberté de choix dans les moyens à mettre en oeuvre pour l’établissement d’un diagnostic ou l’instauration d’une thérapie.

Le juriste, chargé de protéger les valeurs personnelles contre toute atteinte injustifiée, craint que ce désir de reconnaissance de la “liberté thérapeutique” ne cache une certaine prétention à l’immunité, en ce sens que seules les autorités disciplinaires auraient compétence pour apprécier et sanctionner les abus» (HENNAU-HUBLET, 1987:18-19).

En esta desconfianza mutua se mantiene una asimetría por lo que hace a la fuente de conocimiento experto en el aspecto fáctico de lo que luego deberá ser jurídicamente valorado. La pericia que establecerá las líneas entre lo técnicamente posible, viable, común, esperable y lo que no lo es la proporciona el experto médico. Esto ya debería servir para poner en alerta sobre las decisiones en materia de dogmática penal. Por supuesto la “mejor ciencia” es la que tiene que estar presente en la determinación de los aspectos

come reato, se l’evento dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione. / Non impedire un evento, che si ha l’obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo. Art. 41 CP italiano: Il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall’azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l’azione od omissione e l’evento. / Le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando siano state da sole sufficienti a determinare l’evento. In tal caso, se l’azione od omissione precedentemente commessa costituisce per sé un reato, si applica la pena per questo stabilita. / Le disposizioni precedenti si applicano anche quando la causa preesistente o simultanea o sopravvenuta consiste nel fatto illecito altrui.

fácticos pero esa determinación guardará siempre silencio sobre la valoración jurídica de la actividad y las consecuencias jurídicas adecuadas a tenor de los principios o las pautas de todo tipo que se tomen como aplicables al caso. Por ejemplo, en el derecho de daños, una cosa es establecer consistentemente que algo es constitutivo internamente a la praxis médica de actuación inadecuada y otra fijar un baremo concreto de compensaciones¹³.

Esta distinción no se suele tener presente de modo que en las discusiones sobre prueba judicial parece que la fijación del estándar se sigue de manera directa de la valoración de la prueba, y dicha valoración, de la mera constatación técnica de que algo ha tenido lugar¹⁴. Las reglas probatorias se construyen teniendo en cuenta otros valores además de la verdad (DAMASKA, 1998 y FERRER, 2007) ya que las funciones del derecho no las “dicta” una realidad independiente inerte, ni siquiera lo hace la representación de esta realidad cuando se ha construido sobre una semántica que da sentido a la distinción entre descriptivo y prescriptivo.

El concreto punto del debate sobre causalidad omisiva en derecho penal en que se centran las apreciaciones que siguen se encuentra en la llamada “inflexión jurisprudencial” marcada por la Sentencia de las Secciones Unidas del Tribunal de Casación Italiano de 10 de julio de 2002. Diciéndolo de forma somera, la descripción de la situación hecha desde la dogmática penal italiana vendría a ser que existía una dualidad argumentativa por lo que hace a la causalidad omisiva penal en el ámbito de la actividad médica. Confluían dos líneas interpretativas y la decisión mencionada, atendiendo a la función uniformizadora de las S.S. U.U., ha venido a dar una solución de compromiso entre ambas. Hay que tener en cuenta que en todos los casos el contexto de la práctica italiana, como ya se ha dicho, trabaja con la verificación previa de un nexo causal que no abandona el modelo de la *conditio sine que non*.

Por lo que hace a la primera orientación jurisprudencial de carácter mayoritario, ésta suponía que la utilización de leyes de cobertura, para la confirmación del nexo causal, con una incidencia porcentual relativamente baja (tal vez el 50%) era suficiente para calificar cierta conducta como una condición *sine qua non* del evento (Sentencia del 17 de enero de 1992 Sección IV casación; de 23 de marzo de 1993; de 30 de abril de 1993; o de 11 de

¹³ Esta es una distinción teórica. Cuando se elaboran propuestas jurídicas sobre las consecuencias para la producción de daños corporales en la actividad médica se trabaja en un marco social concreto y los aspectos descriptivos y normativos se toman en consideración simultáneamente. Véase HERNANDEZ CUETO, 2001:13-20, explicando la relevancia de la categoría Medicina Legal y Forense para adecuar los pronunciamientos de la pericia médica a las exigencias jurídicas.

¹⁴ Una clarísima disección de los tres tipos de operaciones involucrados, que por razones heurísticas el autor denomina “momentos” puede encontrarse en FERRER 2007: 43-48.

noviembre de 1994). Para esta línea jurisprudencial la relación de causalidad quedaba probada cuando la acción que hubiese impedido el resultado lesivo tenía probabilidades de éxito, a pesar de sostenerse en coeficientes de probabilidad que podían ser del 50%. La causalidad omisiva sólo necesitaba, desde esta perspectiva, un resultado probabilístico sobre la base de que la ocurrencia de omisiones justificaba una menor exigencia causal. Se entendía que la relación causal venía determinada suficientemente de modo hipotético debido al carácter *no real* de la omisión. [Ca. penal Rezza 31.10.1991, Ca. penal 1994, 1204] “la causalità nel reato omissivo non è una causalità reale, quale è quella nel rapporto azione-evento, ma una causalità ipotetica” Por supuesto, esta cuestión quedaba avalada por la importancia del sector en examen: la salud y la vida, se tornaban tan importantes en este contexto que la legitimación de una comprobación laxa de los requisitos bastaba para la imputación. Dicho de otro modo, condiciones que disminuyen las posibilidades de sobrevivir de los afectados eran lo suficientemente relevantes como para justificar penalmente, según los Tribunales, la imputación.

Pero esta era sólo una de las corrientes. En la segunda, a partir del año 2000, se especifica que las exigencias fácticas para la verificación de los delitos omisivos deben ser exactamente las mismas que en los de comisión (delitos de acción). (Casación en la Sección IV de 28 de septiembre de 200, 29 de noviembre de 2000 y 25 de septiembre de 2001). Aquí se hizo sentir la posición de F. Stella con todo su rigor *prima facie* garantista. Aunque la explicación causal supone siempre un juicio hipotético, del tipo que hemos mencionado, en el juicio contrafáctico necesario para la verificación de la *conditio sine que non*, no puede avalarse una diferencia estructural entre acción y omisión, así que la búsqueda de certeza cabe también en este caso. De todos modos, no se puede negar que por las circunstancias de lo que efectivamente se trata es de un porcentaje probabilístico cercano al 100%. En este caso, lo que se da a entender es un límite epistemológico: ya que no se puede garantizar el 100%, que se garantice algo muy cercano al límite de certeza. Vale decir que en ambos supuestos lo que se necesita es encontrar aval en leyes estadísticas de cobertura del más amplio espectro. Curiosamente, las exigencias conceptuales son las mismas en ambas corrientes jurisprudenciales, pero no el que podríamos llamar estándar de prueba: en un caso la cercanía al 100% es necesaria, pero en la orientación mayoritaria se habla de porcentajes mucho menores.

Pero llegados a este punto, se toma la decisión de compromiso. El tópico central de la sentencia que nos ocupa queda en ésta definido del modo siguiente:

«Il problema centrale del processo, sollevato sia dal ricorrente che dalla sezione remittente, ha per oggetto l'esistenza del *rapporto causale fra la condotta (prevalentemente omissiva) addebitata all'imputato e l'evento*

morte del paziente e, di conseguenza, la correttezza logico-giuridica della soluzione» (cursiva propia).

El sujeto F, responsable de una sección de cirugía fue acusado de homicidio culposo de uno de sus pacientes por NO diagnosticar correctamente y por NO ofrecer la terapia correcta. En la jornada del 4 de abril de 1993 el paciente C llegó al servicio de urgencia del hospital con un fuerte dolor abdominal y se le realizó una intervención quirúrgica. Tenía una perforación de ilion y una neutropenia, y se le administró antibiótico de amplio espectro. El día 14 de abril fue trasladado a una sección de cirugía general que dirigía F. Cuando C dejó de padecer fiebre, F suspendió la terapia y el día 17 de abril le dio el alta médica sin otras consideraciones, aunque los análisis, llevados a cabo el 15 de abril mostraban una neutropenia grave. Muy poco después, el 19 de abril, los fuertes dolores hicieron que C volviese a ingresar y a ser operado el día 21 de abril. Ya en ese momento y hasta la tercera intervención de la que no se recuperó muriendo, quedó claro que la muerte se había producido por *clostridium septicum*. El dato más relevante frente a estos hechos es que la bacteria en cuestión no resulta agresiva A MENOS QUE el afectado se encuentre en un estado de inmunodepresión como era el caso.

Interesa destacar que el supuesto de hecho que da lugar al pronunciamiento de las Secciones Unidas, por razones procesales, encuentra la posible condena de imputado afectada de prescripción, y que lo que está en juego es, en exclusiva, una elaboración de doctrina jurisprudencial. No obstante, el caso llevaba aparejada una responsabilidad civil que se mantuvo. Las dos sentencias anteriores, en primera instancia y en apelación condenaban, esto es, establecían la existencia de todos los elementos de *iter* delictivo, pero lo hacían por razones que para la Corte que examina el caso en casación no son las adecuadas. Este punto debe tenerse en cuenta: lo que está en juego es la justificación o motivación de las decisiones judiciales que se enfrenten a casos de omisión impropia en el ámbito médico.

La sentencia desarrolla con esfuerzo un conjunto de argumentos en aras de zanjar la división interpretativa en la materia que revisa, si bien desde el inicio su buena voluntad resulta impotente: no hay cómo dotar de sentido el reconocimiento de que la causalidad “más dura” – por ser metafóricos – tiene que estar presente a toda costa mientras, simultáneamente, se asume la necesidad de no convertir los requisitos presentes en una utopía cognoscitiva. La mayor parte de los pasajes separan conceptualmente lo que luego tienen que unir, o bien unen lo que luego tienen que separar. En otras palabras, hacen equivaler lo que luego distinguen, o diferencian lo que luego equiparan. Por cierto, ello no es extraño: los entramados conceptuales están basados precisamente en eso: en un conjunto de razones que asimilan

y otro conjunto de razones que diferencian, y las ontologías que realmente ponen límites a tales vaivenes son escasísimas; si hubiese alguna es posible que se encuentre en la naturaleza humana cuando esta se concibe bajo el prisma de la “biologización” más primaria.

La primera de las confusiones en la consideración de derecho *segunda* trae origen en la distinción leyes universales/leyes estadísticas, por lo que hace al acceso epistémico del juez. Por que no dice la sentencia que las leyes de cobertura causales universales escapan al alcance cognoscitivo del juez, sino que tienen el carácter de “*assai rare*” y establecen regularidades sin excepción. Vale decir que quien postula su existencia no está comprometido con su rareza, más bien las considera omnipresentes pues les otorga el valor de sustrato ontológico que posibilita el devenir de los cambios, y además, el que tengan la categoría de regularidad sólo valdría para las concepciones de tipo humeano. La Corte opone a estas leyes, sin excepciones, las leyes estadísticas que “se limitano” a afirmar la frecuencia relativa de coexistencia de elementos: ésta podría ser una perfecta descripción de la ontología regularista, también en el caso de consideraciones causales humeanas. Pero a pesar de la oposición reconoce que estas últimas están dotadas de alto grado de credibilidad racional “o probabilidad lógica”, por el hecho de que su uso común en la praxis médica y biológica así lo confirma.

En este razonamiento se encuentra larvado un punto muy relevante para la discusión: cuando podemos enunciar una ley universal contamos con la fuerza del refuerzo del condicional *por definición*: “Los metales se dilatan con el calor”

(x): (Mx & Cx) → Dx: para todo x, si x es un metal y se calienta entonces se dilata.

De esta forma el paso de la ley al caso individual no requiere nada más en un proceso de justificación, pero la pérdida de la universalidad *de la formulación* (no de las supuestas leyes causales para quien sostenga su existencia) obliga a algo más que a las consabidas asunciones iniciales tácitas y el mantenimiento de cláusulas como la *ceteris paribus*. La ley utilizada tiene que valer para explicar la producción del evento típico que se enjuicia, y vale *si es una ley causal*.

Importa destacar que a partir de aquí la sentencia plasma en varias ocasiones el compromiso legislativo italiano: un esquema de condiciones “condizionalistico” (como si de ello ya se desprendiese que se habla de causalidad, o como si todas las versiones de la causalidad en términos de condiciones fuesen homogéneas) al que se añade la ley de cobertura para hablar del elemento constitutivo del supuesto de hecho delictivo. Ello se torna garantía de tipicidad, taxatividad, legalidad y a la vez permite seleccionar las conductas relevantes.

A pesar de reconocer dificultades en la relación de causalidad y de que éstas sean puestas de manifiesto incluso en la “física contemporánea” considera la sentencia que no puede renunciarse a dicha causalidad puesto que esta base inicial constituye una garantía irrenunciable en la responsabilidad penal. Pero ello se construye sobre la repetida afirmación de Stella sobre el carácter de “*minimum assoluto*” (STELLA 2002 y 2003) que tiene la concepción de causalidad como condición necesaria o *sine qua non*. Le supone como efecto beneficioso el de impedir la discrecionalidad judicial y la indeterminación, llevando a parámetros objetivos las decisiones: como si por el hecho de enunciar que no se renuncia al establecimiento de un nexo de causalidad, se evitase, por arte de magia, la indeterminación o la discrecionalidad. Que la indeterminación no puede eliminarse es reconocido en todo el razonamiento subsiguiente ya que la sentencia es un intento, loable, pero fallido, de anclar, lo que por razones conceptuales y desde los mismos presupuestos que ésta asume es imposible de anclar, a menos que el anclaje sea normativo, y en realidad es a eso a lo que se teme, puesto que el ogro de este contexto jurídico es la imputación objetiva.

A partir de la consideración de derecho *sexta* la estructura de ese razonamiento de éxito imposible es el siguiente:

Se repudia cualquier asunción, por atenuada que sea, de teorías basadas en el aumento del riesgo por razones garantistas y legislativas con el objeto de evitar una expansión de la responsabilidad penal. Se diferencia entre el momento sustantivo y el procesal para afianzar, de nuevo, la necesidad de establecer con claridad la causalidad de modo previo, pero se reconoce que la prueba llevará a sustituir la idea de deducción por la de inducción. No obstante, a continuación, se admite que el modelo “condizionalístico” orientado según leyes científicas no va a permitir tampoco una explicación puramente deductiva. Aquí, se justifica la situación en la imposibilidad para el juez de conocer todas las fases intermedias mediante las cuales “la causa produce il suo effetto”: así se pasa a estar en presencia de la noción genética o productiva de causa, o causación aristotélica y se abandona el marco de la causalidad en término de condiciones.

Pero la Corte tiene que admitir la naturaleza inductiva de los razonamientos probatorios (con pleno sentido) ya que de no hacerlo y mantener la búsqueda hasta lograr la “utopistica certezza assoluta” no podrían mantenerse los objetivos de política criminal ni las funciones propias del derecho (“preventivo-represivo” *sic*).

La consideración de derecho *séptima* específica: cuanto más alto sea el grado de probabilidad que la ley estadística consiente, mejor, aunque en medicina *ya se sabe* que todo es muy complejo. Simultáneamente, si el coeficiente de probabilidad es bajo, habrá que examinar mucho más el caso, aunque de por sí ello no excluiría la existencia del nexo de causalidad: porque cuando se examine la probabilidad lógica de que este

exista, excluyendo otras vías alternativas de producción ¡se habrá dado con él! Obviamente con lo que se habrá dado es con un proceso de valoración de la prueba y con la aplicación de un posterior estándar de prueba que, a su vez, supondrá la toma de decisiones normativas de toda índole – por cierto, decisiones normativas que no excluyen la relevancia de los factores económicos, máxime cuando en muchos de estos ámbitos la responsabilidad civil y el resarcimiento de todo tipo de daños es una cuestión de dinero y no de poco dinero.

Pero para completar el círculo de opciones: en caso de que se usen leyes de carácter universal (“in vero assai rare nel settore in esame”) no se puede, por ese solo motivo, derivar la existencia del nexo, entendida como “valore eziologico effettivo”. Habrá de procederse a la “attendibilità” de caso concreto según la evidencia disponible. Ello a partir de la probabilidad lógica excluyendo, se repite, otras explicaciones alternativas.

La sentencia prosigue (consideración *octava*) con la distinción entre probabilidad referida a las leyes de cobertura en la explicación del resultado, y la “alta o elevada credibilidad racional” producto de las verificaciones probatorias correspondientes: se trata del grado de confirmación de las hipótesis formuladas en el caso. Sin embargo, nos dice que los grados de confirmación en ciencias sociales (como el derecho) no pueden expresarse como en las ciencias naturales, de modo que cuando son estadísticas “spesso” tienen carácter cuantitativo, sino que la expresión del grado de confirmación, cuando se trata de conducta humana, se enuncia en términos cualitativos. En este caso apelar a la distinción entre ciencias naturales y sociales para justificar que la conclusión final referida a la existencia del nexo de causalidad no esté comprometida por los porcentajes estadísticos es innecesario, pero además hace uso de una conjetura inadecuada. Las leyes estadísticas en ciencias naturales y sociales, siempre que estemos en presencia de la estadística matemática son cuantitativas por definición. En los casos de estadística descriptiva muy propia de las ciencias sociales (del estudio de la conducta humana) a pesar del uso de escalas comparativas, también se ofrecen numéricamente. ¿Por qué se recurre a tal razonamiento? A continuación se da una respuesta: ésta no es otra que la necesidad legislativa de que la causalidad esté presente ya que tiene carácter constitutivo del hecho delictivo. Hay un peligro al que el texto de la sentencia no quiere sucumbir: si después de haber repetido que los porcentajes de las leyes estadísticas de cobertura tienen relevancia pero no resultan concluyentes, pasa a la idea de probabilidad lógica a través de la noción de “grado de confirmación” parece que se puede colar la admisión de que la probabilidad lógica, (grado de confirmación) que no sea cercana al 100% es suficiente para el establecimiento del nexo causal.

Por supuesto, tiene que seguir hablando del procedimiento probatorio que lleva a la imputación mediante certeza procesal, siendo esa la ubicación del “alto grado di credibilità razionale”. Esa atribución posterior

muestra que “el grado” en cuestión como tal, ni incluye ni excluye el carácter cuantitativo, pero lo que desde luego no excluye es la presencia de un mayor o menor grado que deberá decidirse con algún criterio, más o menos determinado. Para que dicha decisión sea negativa la sentencia habla de insuficiencia, contradictoriedad e incerteza probatoria (530,2 CP): que entre en juego de modo activo el principio de “in dubio pro reo”. La presencia de la duda con su consecuencia absolutoria no necesita decir que ha faltado la causa penalmente relevante.

Una peculiaridad de la decisión estriba en que a pesar de no trazar diferencias entre los supuestos de acción y omisión, la estructura que comparten lleva al uso de la probabilidad “lógica” y no estadística, cuando del texto de la sentencia se sigue que la sede de la probabilidad lógica es probatoria y no “constitutiva del hecho delictivo”. A ello se llega porque se sigue la propuesta de F. Stella y la acción no se considera una entidad sino un proceso. Correctamente, se entiende que la explicación causal es contrafáctica, pero no se advierte que no se trata de una explicación en sentido naturalista, sino que nos enfrentamos a una cuestión de sentido: eso es lo que significa decir que algo es causa de algo otro (que si lo primero no hubiese tendido lugar, lo segundo tampoco) avalar contrafácticos en tanto que inferencias discursivas válidas, no es una cuestión necesariamente ontológica ya que aunque se base en las creencias más firmes, no podrá pasar de temática epistemológica. Por eso las decisiones se encuentran al término de los razonamientos en el momento de la adscripción.

La sentencia multiplica el sustrato justificativo, admitiendo simultáneamente leyes de cobertura, estadísticas y universales: cuando fuese posible, la universal jugaría su papel, en caso contrario, la estadística, si bien exigente, entraría en juego ¿Pero cuán exigente debe ser la ley estadística? Recuérdese que se trata de una sentencia de compromiso entre posturas preexistentes. Ello se demuestra en que la explicación causal cabe incluso cuando lo que se utiliza son reglas de experiencia. Y en realidad, una ley de experiencia, de lo más tradicional, (si se quiere *lex artis*) es lo que se tuvo que utilizar en este caso: la relación entre la neutropenia y el carácter letal de una infección de *clostridium speticum* por lo visto, resulta conocida para cualquier médico.

Si la exigencia en este caso se hubiese llevado cercana al 100% no cabría la condena, porque a la máxima de experiencia no se le otorga ese valor estadístico entendido ontológicamente. Se determinó que un porcentaje bajo no excluía la verificación de la causalidad *per se*. Pero en sentido opuesto, tampoco lo contrario valdría de modo absoluto: en un caso concreto una ley de cobertura estadística con elevado porcentaje de verificación no tendría porqué llevar necesariamente a la condena. En definitiva, hay una manera de leer la sentencia en cuestión, según la cual

TODO podría valer, menos lo absurdo, según las circunstancias del caso y la práctica concreta de la prueba. Porque finalmente en este supuesto: las reglas del saber científico, entendidas de un modo bastante tradicional, a falta de una ley de cobertura universal, han llevado a la reconstrucción de un nexo de causalidad.

6. Preguntas a modo de conclusión

¿La relevancia o irrelevancia de la causalidad en determinados ámbitos de investigación o estudio debe pesar sobre el ámbito de la adjudicación penal? Hay un razonamiento *a fortiori* tanto en quienes contestarían que la suerte de la causalidad en ámbitos como el derecho está ligada a la que tenga, por ejemplo en Física como en quienes dirían lo contrario: si hoy en día no cuenta como otrora en las ciencias duras ¿por qué debería la adjudicación penal seguir con sus exigencias? Y a la inversa, si hoy en día sigue contando en las *ciencias duras* ¿por qué no debería contar también en la adjudicación penal? Cada una de las dos opciones tiene un aval concreto. La primera encuentra base en las críticas filosóficas a las formas de objetivismo epistemológico de cierto pensamiento científico. Las posturas constructivistas se presentan entonces como superadoras de una obsoleta fe en el conocimiento científico y ofrecen un marco para defender la “construcción social” de los hechos. Siendo el ámbito de lo jurídico un espacio privilegiado para la práctica de esa construcción social habrá de aceptarse que la construcción de esos hechos es valorativa y normativa, y no un descubrimiento aséptico al que luego asociar consecuencias jurídicas. Se llega así a la necesidad de la imputación objetiva como una forma transparente de describir la toma de decisiones en la adjudicación. Por su parte, la segunda opción trabaja en la dirección opuesta. La actividad científica y técnica, con todos sus logros aplicados, constituye una reivindicación del conocimiento científico. Por lo tanto, los días del conocimiento objetivo, no han acabado, si bien la modestia obliga a asumir la falibilidad o provisionalidad de los descubrimientos. En la toma de decisiones jurídicas el ideal regulativo de aproximarse tanto como sea posible a los hechos se torna en un verdadero imperativo jurídico mediante el principio de legalidad, y nada hay más incorrecto que tolerar decisiones por imputación objetiva.

La polémica anterior vive en el trasfondo de la responsabilidad penal médica por omisión. Por ejemplo, F. Stella (1991) trae a colación la discusión entre Russell y Nagel cuando elabora la voz “Rapporto di Causalità” para hacer de cierta parte de la filosofía de la ciencia su aval. Pero el razonamiento es circular: si el derecho quiere y debe usar la “mejor” causalidad posible, porque necesita ser garantista no puede

buscar en otro lugar. Esto es, para que el deber de aplicar el derecho a hechos preexistentes mantenga su sentido tiene que resultar posible cumplir con él y dado que hay quien sostiene que es posible hacerlo, se presupone que esa es la tesis verdadera.

¿Es el redactado legislativo o la interpretación de los arts. de un Código Penal el que determina la teoría de la acción y de la causalidad en el caso analizado? El debate histórico y permanente sobre teorías de la acción y el papel de la causalidad, o los diversos “momentos” en el itinerario de la Teoría del Delito se mueven en la elaboración doctrinal como si el núcleo de la legislación dejase las puertas abiertas a las interpretaciones opuestas.

¿Se pierde o se gana, en términos de garantías, en la aplicación del derecho penal por reconocer el carácter normativo de las consideraciones sobre acción y omisión? Cuando se cree que los hechos en tanto que estado ontológico determinan una verdad que debe ser descubierta, para luego aplicar, imputar, o asociar consecuencias jurídicas tras su verificación, se supone que se lucha por la justicia de las condenas. Podría ocurrir, no obstante, que las exigencias para quien debe dar cuenta de sus “decisiones” y no de sus “descubrimientos” sean más altas, pues se responde por lo decidido mediante las razones que justifican la decisión, y uno entonces no puede lavarse las manos diciendo “así son las cosas”.

Los problemas que circundan la toma de posición normativa vinculados a este tema tienen carácter conceptual. A pesar del poder que las cuestiones ontológicas parecen ejercer en estas discusiones, lo cierto es que todo lo que se presenta con ese ropaje no es más que la presentación de concepciones. En ese sentido, sí son una metafísica pero una metafísica epistemológica o semántica, según sea la posición filosófica de la que partamos. En ciencias sociales las llamadas “teorías” no son otra cosa que concepciones, visiones del mundo, o formas de dotar de sentido lo que se hace. Por cierto, un sentido que nunca es neutro axiológicamente. Los refinamientos o aclaraciones no llevan necesariamente a transformaciones de las prácticas a las que se refieren. Sólo cuando una concepción enunciada o explicitada se convierte en aquella que da sentido a una práctica pasa a formar parte de ella. No hay prácticas de segundo nivel, por eso, mientras de forma solapada se mantenga el uso simultáneo de una noción de causalidad científica y otra de causalidad semántica, el rompecabezas de la causalidad y la omisión en la actuación médica seguirá sin resolverse.

Referencias Bibliográficas

- ANTOLISEI, F. [1934] (1960): *Il rapporto di causalità del diritto penale*, Pádova.
- BACIGALUPO, E. (2006): *Delitos improprios de omisión*, en: *Cuadernos "Luís Jiménez de Asúa"*, 25, Dykinson, Madrid.
- CAMPANER, R. (2005): *Spiegazioni e cause in medicina. Un'indagine epistemologica*, Gedit, Bologna.
- CAMPANER, R. (2007): *La causalità tra filosofia e scienza*, Gedit, Bologna.
- CERLETTI, M.L. (2003): *Juicios de imputación y juicios causales*, en *El funcionalismo en derecho Penal. Libro homenaje al profesor Günter Jackobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 230-275.
- DAMASKA, M. (1998): *Truth in Adjudication*, en *Hastings L.J.*, 49, pp. 289-308.
- FERRAJOLI, L. (1995): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. por Andrés Ibáñez, Perfecto et al., Madrid: Trotta, 1995.
- FERRER BELTRÁN, J. (2007): *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires.
- GIMBERNAT ORGEIG, E. (1999): *La omisión impropia en la Dogmática Penal Alemana*, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 9.
- GIMBERNAT ORGEIG, E. (2003): *La causalidad en la omisión impropia y la llamada "omisión por comisión"*, Astrea, Buenos Aires.
- HART, H.L.A. y HONORÉ, T. [1959] (1985): *Causation in the Law*, 2ª ed. Oxford University Press, Oxford.
- HENNAU-HUBLET, CH. (1987): *L'activité médicale et le droit pénal. Les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes*, Bruylant, Paris.
- HERNÁNDEZ CUETO, C. (2001): *Valoración médica del daño corporal*, Elsevier-Masson, Barcelona.
- HIERRO, L. (2003): *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Madrid.
- LARRAURI, E. (1988): *Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Ministerio de Justicia*, Madrid, 61, pp. 715-776.
- MOORE, M.S. (2009): *Causation and responsibility. An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*. OUP, New York.
- MORSELLI, E. (2001): *Observaciones críticas acerca de la teoría de la imputación objetiva*, en Aroyo Zapatero, L.A. y Berdugo Gómez de la Torre (coords), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam"*, Universidad de Castilla La Mancha, pp. 1207-1216.
- NEY, A. (2009): *Physical Causation and Difference-Making*, en *The British Journal for the Philosophy of Science*, pp. 1-28
- PÉREZ BARBERÁ, G. (2006): *Causalidad, resultado y determinación*, Ad-Hoc, Buenos Aires.

- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (1995): “Comisión” y “omisión”. *Criterios de distinción*, en: *Cuadernos de derecho Penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 13-53.
- STELLA, F. (1991), *Voce Rapporto di causalità*, en *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXV, Roma, 1991, pp. 1-21 (173-193).
- STELLA, F. (2000), *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 2ª ed.
- STELLA, F. (2002): *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite Della Suprema Corte di Cassazione*. en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 25, pp. 767-816.
- STELLA F. (2003): *Giustizia e Modernità*, 2ª ed., Giuffrè, Milano.
- VON WRIGHT; G.H. [1963](1970): *Norma y Acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid.
- YOUNG, G. (2008): *Causality and Causation in Law, Medicine, Psychiatry, and Psychology: Progression or Regression?*, en *Psychological Injury and Law*, 1, pp. 161-181.
- WINCH, P. [1958] (1990): *The Idea of a Social Science and Its Relation to Philosophy*, Routledge & Kegan Paul, London.