

UNIVERSIDAD DE CUENCA



**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.
ESCUELA DE DERECHO.**

“EL HECHO CULPOSO PUNIBLE Y LA ACTIVIDAD MÉDICA”

Monografía previa a la obtención del Título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales.

AUTORA: Ana Carolina Flores Guapisaca.

DIRECTOR: Abg. Diego Xavier Martínez Izquierdo.

Cuenca - Ecuador

Marzo – 2017



RESUMEN

La Constitución del Ecuador del año 2008 incorpora en su artículo 54 la responsabilidad tanto civil como penal para aquellas personas que en el ejercicio de su profesión incurran en mala práctica, sobretodo recalca aquellas profesiones que pongan en riesgo la integridad o vida de las personas, entre las cuales sobresale la medicina, pues es una profesión que conlleva riesgos y situaciones que se encuentran fuera del alcance del médico y a las cuales están expuestos los pacientes.

En base a esta situación, el presente trabajo busca analizar la infracción del deber objetivo de cuidado en el ejercicio de la Actividad Médica con la finalidad de establecer los límites de actuación de un profesional de la Medicina y en qué momento su actuar podría constituir un hecho culposo punible, ya que en el tipo penal establecido en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal tiene conceptos que no se encuentran definidos dentro de este cuerpo legal, por lo que el juez en ejercicio de las facultades que le confiere el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 28 puede acudir a las distintas fuentes del derecho para interpretar el contenido del artículo mencionado, por lo que se vuelve relevante analizar el alcance de la responsabilidad médica y los elementos de la imputación objetiva, considerando que la sola producción del resultado (muerte o lesión) no es suficiente para la imputación al médico.

PALABRAS CLAVE: Actividad médica, deber de cuidado, imputación, riesgo, consentimiento, homicidio.



ABSTRACT

Ecuador's 2008 Constitution incorporates in the article 54 the civil, as well as the penal responsibility for those who, when exercising their profession incur in bad practice. Especially, it refers to those professions that put at risk people's integrity or life. Among those professions, medicine is one who excels since it bears risks and situations that are beyond the doctor's control, and to which patients are exposed.

Based on this situation, this assignment seeks to analyze the infringement of the objective duty of care in the exercise of Medical Activity. Its purpose is to establish the limits of professional performance of medicine, and to determine whether its action could constitute a punishable wrongful act. Since the penal type established in the article 146 of the Integral Organic Penal Code has concepts that are not defined in this legal body, the judge in exercise of the faculties that the Organic Code of the Judicial Function confides him in the article 28 can turn to the different rights' sources to interpret the content of the mentioned article. Hence, it becomes relevant to analyze the reach of the medical responsibility and the elements of the objective imputation considering that only the production of the result (death or injury) is not enough for the doctor's imputation.

KEYWORDS: Medical Activity, duty of care, imputation, risk, guilt.



INDICE

RESUMEN.....	2
ABSTRACT	3
CLÁUSULA DE DERECHOS DE AUTOR	6
CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL.....	7
DEDICATORIA.....	8
AGRADECIMIENTOS	9
INTRODUCCIÓN.....	10
CAPITULO I	12
LA ACTIVIDAD MÉDICA.....	12
1. DATOS HISTÓRICOS	12
2. DEBERES DEL MÉDICO	13
2.1. Deber de examinar su propia capacidad.....	14
2.2. Deber de derivar al paciente en caso necesario	15
2.3. Deber de utilizar los medios técnicos auxiliares.....	16
2.4. Deber de informar.....	17
2.4.1. Excepciones al deber de informar	20
2.4.2. Consentimiento informado	21
2.4.3. Personas a quienes se les debe informar	26
3. LEX ARTIS.....	27
3.1. Definición y funciones:.....	29
3.2. Lex Artis ad-hoc	32
3.3. Prueba de la Lex Artis.....	32
CAPITULO II	35
HECHO CULPOSO.....	35
1. HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRÁCTICA PROFESIONAL	35



1.1 Elementos del Tipo	40
2. ANÁLISIS DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO.....	42
3. ELEMENTOS SUBJETIVOS.....	52
CAPÍTULO III	56
Imputación del Resultado en la Actividad Médica	56
1. Análisis a la imputación del resultado	56
1.1. Imputación objetiva.....	56
1.2. Instituciones de exclusión de la imputación	63
1.2.1. Riesgo Permitido	63
1.2.2. Principio de Confianza	69
1.2.3. Acciones a propio riesgo.....	72
1.2.4. Prohibición de Regreso	76
CONCLUSIONES.....	78
BIBLIOGRAFÍA.....	80



CLÁUSULA DE DERECHOS DE AUTOR



UNIVERSIDAD DE CUENCA

ANA CAROLINA FLORES GUAPISACA, autora de la tesis "El Hecho Culposos Punible y la Actividad Médica", reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Art. 5 literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales. El uso que la Universidad de Cuenca hiciere de este trabajo, no implicará afección alguna de mis derechos morales o patrimoniales como autora.

Cuenca, Marzo del 2017

Ana Carolina Flores Guapisaca

C.I: 0105740096

AUTORA: Ana Carolina Flores Guapisaca.



CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL



UNIVERSIDAD DE CUENCA

ANA CAROLINA FLORES GUAPISACA, autora de la tesis "El Hecho Culposos Punible y la Actividad Médica", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autora

Cuenca, Marzo del 2017

Ana Carolina Flores Guapisaca

C.I: 0105740096

AUTORA: Ana Carolina Flores Guapisaca.



DEDICATORIA

Todos necesitamos de alguien que nos inspire, que nos de fuerza, que sea nuestra guía y ejemplo de vida; por darme todo eso, por ser mi luz y por ponerme al inicio de esta hermosa profesión, le dedico este trabajo a la persona más maravillosa que ha sido parte de mi vida y ahora es mi ángel, a mi Abuelo Juan José Flores, quien fue muestra de humildad, generosidad, perseverancia y el dueño del más grande corazón.



AGRADECIMIENTOS

A mi fortaleza y ejemplo de lucha, justicia, respeto y amor, mi familia, a mi papi Gonzalo, por sus palabras de aliento, a mi mami Elsa por trasnocharse conmigo en mis horas de estudio, a mis hermanos Juan, Andrea y Max por ser mi compañía, a mi tía querida por apoyarme cada día y a mis dos terremotos que siempre alegran mi vida Martina y Benjamín.

Agradezco profundamente al Abogado Diego Martínez, por su ayuda, paciencia, dedicación, por su confianza y profesionalismo que me permitieron realizar este trabajo; así también al Abogado Juan Carlos Cordero, gracias por permitirme aprender, por dejarme crecer junto a ustedes y enseñarme a ejercer esta profesión con pasión y honestidad.

A mis inseparables, Ana mi mejor amiga quien ha sido mi constante apoyo, mi confidente, mi compañera de trabajos y celebraciones; a Francisco, Carlos y Eduardo, por hacer de esta una de las mejores etapas de mi vida.

A todos ustedes gracias por siempre caminar a mi lado.



INTRODUCCIÓN

A partir de la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, surgió cierta preocupación entre los profesionales por la tipificación de la mala práctica profesional, sobre todo de quienes se dedican al área de la salud ya que es notorio que la medicina implica una serie de riesgos en su mayoría no previsibles y mucho peor evitables. El artículo mencionado guarda relación con la sección IX de la Constitución de la República del Ecuador que se refiere a la responsabilidad que se puede generar al momento que se verifique una mala práctica en el ejercicio de la profesión, refiriéndose enfáticamente a las profesiones que pongan en riesgo la integridad o vida de las personas. Así como también concuerda con el artículo 83 de la Carta Magna que determina las responsabilidades de los ecuatorianos y concretamente en el numeral 12 obliga a que la profesión sea ejercida con sujeción a la ética.

Esta monografía se enfoca a la actividad médica ya que se deduce que es esta profesión a la que se refiere del artículo 54 de la Constitución, pues los riesgos que presenta la misma son varios y lógicamente las lesiones que pudiesen presentarse en caso de que se concrete el riesgo afectarán a la vida o integridad del paciente.

Este estudio se dedicará principalmente a clarificar nociones básicas para que un resultado lesivo sea imputado o no al sujeto que lo provoca, pues como se explicará en los delitos culposos no basta la existencia del resultado dañoso, sino que es necesario que exista un nexo causal entre la conducta imprudente del autor y la lesión.

Además se propone el estudio de conceptos contenidos en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal que resultan relevantes al momento de comprender el alcance de este artículo, conceptos tales como la negligencia, la imprudencia, la impericia, lex artis y sobre todo el deber de cuidado que como se verá más adelante son trascendentales para determinar responsabilidad, pero al mismo tiempo solamente son enunciados más no definidos lo que expone a que su comprensión y alcance quede a subjetividad del juez, por lo que se ha tratado de explicar los mismos y así comprender de manera clara mediante las diversas posiciones doctrinarias.

De igual forma se tratarán los deberes que tienen los profesionales de la salud y los límites que presentan los mismos. En el segundo capítulo se hará mención al deber de cuidado en mismo que debe estar claramente definido para el rol que ocupe cada persona que intervenga en la relación con el paciente.

El estudio de los antecedentes históricos de la medicina, permitirá comprender la evolución que ha tenido esta noble profesión y también el papel protagónico que juega en la actualidad el paciente, como un sujeto que goza de un sin número de derechos que deben ser representados por el médico, ya que si este



último no los respetase y por su infracción causa un resultado fatal al paciente, tendrá que ser responsable por su acción u omisión.

También se abordará a la imputación objetiva del resultado, con especial consideración a las instituciones que excluyen la misma, ya que en el ámbito médico es bastante probable que por lo menos una de ella se presente y así el médico no sea imputable por el resultado lesivo existente.



CAPITULO I

LA ACTIVIDAD MÉDICA

1. DATOS HISTÓRICOS

La actividad médica comenzó junto con las primeras civilizaciones, como una práctica basada en dos pilares, el primero considerando a la experiencia como base del conocimiento y el segundo basado en rituales religiosos, en donde quienes servían de intermediarios entre lo divino y lo terrenal eran los sacerdotes considerados como médicos; el segundo pilar era la invocación a espíritus de sanación. Con el pasar de los siglos se da una notable evolución tanto de la técnica como los medios curativos, basándose más en una medicina de resultados.

En el año 2392 AC, en el código Hammurabi comienza a tratarse ya la responsabilidad que tienen los médicos en el ejercicio de su profesión, diferenciando desde el inicio a la responsabilidad civil de la penal; dedicando varios artículos a las sanciones que se aplicarían en caso de que el médico encasillara su conducta en la descrita, por ejemplo el artículo 218 del mencionado Código establece que *“Si un médico hace incisión profunda en un hombre con bisturí de bronce y le provoca la muerte, o si le abre la sien a un hombre con bisturí de bronce y deja tuerto al hombre, que le corten la mano.”*, pero también el Código trata de que si la acción ejecutada por el médico provoca un buen resultado éste será reconocido, tal como señala el artículo 215 *“Si un médico hace incisión profunda en un hombre con bisturí de bronce y le salva la vida al hombre, o si le abre la sien a un hombre con bisturí de bronce y le salva un ojo al hombre, percibirá 10 siclos de plata.”*

En el Derecho Romano, se castigaba al médico negligente siempre que su accionar genere resultados negativos en su paciente, si los daños eran permanentes la pena podía quedar en manos de la familia de la persona afectada.



La actividad médica en el antiguo Egipto estaba supervisada por los sacerdotes, y además era considerada como un servicio público, por lo tanto la prestación estaba sujeta a altos estándares de calidad, y en caso de no hacerlo de forma correcta o inobservar los protocolos establecidos, la mala práctica médica era condenada con pena de muerte. Lo particular en Egipto es que cada médico trataba una sola enfermedad¹, es decir ya se empieza a clasificar las enfermedades por especialidad y según la capacidad del médico; particularmente se considera estos tres principios: “Esta es una enfermedad que conozco y curaré”; “Esta es una enfermedad que conozco y no trataré”; y, “Esta es una enfermedad que no conozco y no trataré”; por lo tanto en caso de que el médico inobserve estos principios y trate una enfermedad que no pueda tratar y cause perjuicio incurría en responsabilidad.

De lo descrito se puede notar la presencia de factores externos que influían en el accionar médico, por lo tanto en los diferentes códigos encontrados, los deberes contenidos en estos eran de tipo religioso o ético, y no existía una definición clara de lo que se debía entender por actividad médica, a diferencia de lo que ocurre en la actualidad, específicamente en Latinoamérica en la legislación colombiana, la Ley 14 de 1962 señala lo que se debe entender por ejercicio de la medicina desde una óptica penal legal, definiéndola como “*la aplicación de medios y conocimientos para el examen, diagnóstico, prevención, tratamiento y curación de las enfermedades (...), que afecten a las personas o que se relacionen con su desarrollo o bienestar*”², partiendo de esta definición se podrá encasillar los actos de negligencia o falta de cuidado, siempre que la conducta del médico no observe el contenido de este artículo.

2. DEBERES DEL MÉDICO

El médico en el ejercicio de su profesión tiene obligaciones de carácter éticas, profesionales y legales, ya que la medicina es considerada como un servicio de

¹ Heródoto. Historias II. Libro LXXX

² Ley 14, artículo 1



orden público, y por lo tanto su práctica debe observar ciertos parámetros de conducta o protocolos para que el médico no incurra en omisiones o acciones que tengan relevancia en el campo penal; sobre todo esta profesión está sometida a parámetros éticos muy estrictos, además de las exigencias técnicas y prácticas propias de su profesión por lo que debe apegar su actuar al Código Internacional de Ética Médica³, en el que se regulan tres aspectos básicos: el deber de los médicos en general, el deber de los médicos con los pacientes y el deber de los médicos entre sí.

El enfoque de este trabajo es conocer y delimitar la esfera de la actividad médica y el protocolo que debe seguir el médico para que su actuar goce de legitimación y no acarree responsabilidad penal; es importante señalar que la principal finalidad de esta profesión siempre será la recuperación del paciente⁴, pues si esta intención está ausente, podría el médico encontrarse frente a un delito doloso y representaría la violación al deber objetivo de cuidado que será analizado en el siguiente capítulo.

Si bien dentro de la doctrina, los deberes del médico son innumerables, en este proyecto se analizará los deberes más importantes, considerando principalmente los elementos claves para prevenir posibles reclamaciones de responsabilidad, que giran alrededor del respeto a los derechos básicos del paciente, el consentimiento médico y brindar información suficiente⁵; estos aspectos se englobarán en cuatro deberes principales del médico los cuales son abordados por el jurista Marco Antonio Terragni en su obra “*El Delito Culposos en la Praxis Médica*”.

2.1. Deber de examinar su propia capacidad

Este deber se enfoca principalmente en que el médico debe actualizarse permanentemente, saber si posee las aptitudes para poder realizar la intervención adecuada, *adquirir consciencia de los límites del conocimiento y*

³ Adoptado por la Asamblea Médica Mundial en Octubre del año 1949 en Londres, Inglaterra

⁴ Juramento Hipocrático.

⁵ García Marco. La Responsabilidad Médica en el Ecuador. Pág.2



*habilidad propios*⁶, ya que, si pese a no contar con la preparación necesaria realiza la intervención hará que su actuar conlleve responsabilidad por los daños producidos, ya que lo ha hecho sin la pericia necesaria, entendida esta como el conjunto de conocimientos técnicos y científicos mínimos exigidos para realizar cualquier actividad o emitir un criterio determinado.

Por lo tanto en caso de que no sepa cómo tratar o atender al paciente este lo deberá remitir o derivar a un especialista, cumpliendo así otro de sus deberes que será analizado a continuación.

2.2. Deber de derivar al paciente en caso necesario

Se establece que *cuando un examen o tratamiento sobrepase la capacidad, el médico debe llamar a otro médico calificado en la materia*⁷.

La derivación es también conocida como interconsulta, se utiliza para referirse a la remisión de un paciente de un médico a otro, para que este último brinde una atención complementaria y experta, diferenciando el nivel de atención primaria del nivel de atención especializada; ya sea para su diagnóstico, tratamiento o rehabilitación.

En el Sistema Nacional de Salud del Ecuador, existe un subsistema de referencia, derivación, contrareferencia y referencia inversa, que se encuentra regulado por una norma expedida por el Ministerio de Salud Pública el mes de Septiembre del año 2013, en el cual se establecen los niveles de atención, y se fijan los parámetros o límites que deben ser observados por parte de los médicos y el personal auxiliar antes de derivar a los pacientes, por lo tanto los profesionales de salud estarán capacitados de acuerdo al nivel de atención en el cual se encuentren prestando sus servicios, quienes deben conocer cuáles son las especialidades que se encuentran en los siguientes niveles de atención para poder realizar las referencias de forma óptima para mejorar el manejo de tiempo

⁶ Terragni Marco. El Delito Culposos en la Praxis Médica. Pág. 112

⁷ Código Internacional de Ética Médica.



y recursos y así garantizar la continuidad, tanto de la atención como del tratamiento del paciente.

2.3. Deber de utilizar los medios técnicos auxiliares

La actividad médica no se la puede realizar de manera aislada, sino es necesario que el médico cuente con personal de apoyo para prestar la adecuada atención, es así que se encuentra rodeado de profesionales de distintas áreas de conocimiento y con diferente nivel académico, siendo importante siempre la delimitación de funciones y el campo de acción que tendrá cada uno en la ejecución de sus labores, pues si bien las actividades pueden ser dependientes unas de otras, o también independientes de acuerdo a la competencia y capacitación de cada uno de los auxiliares, éstos deberán desenvolverse dentro del campo y bajo las indicaciones del profesional que esté a cargo, so pena de incurrir en responsabilidad por mala práctica profesional.

Los medios técnicos auxiliares no solamente hacen referencia al equipo humano que acompaña al médico, sino también engloba los instrumentos, medicamentos y medios de investigación que coadyuvan al cuidado, diagnóstico y tratamiento del paciente, para lo cual el médico deberá estar lo suficientemente actualizado en las nuevas técnicas, para poner a disposición del paciente las mejores opciones, ya que por su omisión podría incurrir en responsabilidad.

En cuanto a los medicamentos, estos deberán ser suministrados bajo supervisión del profesional autorizado para recetar, pudiendo ser estos: médicos, obstetras, psiquiatras y odontólogos⁸; y el suministro de estos medicamentos deberá estar a cargo de los auxiliares de salud, que son también responsables del cuidado del paciente, y por lo tanto también responderían en caso de negligencia, en este sentido una prueba de descargo será la receta médica, que

⁸ Artículo 3 Instructivo para el uso de la receta médica. Expedido en el año 2011 por la Dirección de Control y Mejoramiento de Vigilancia Sanitaria.



se la define como “*el instrumento asistencial y de control que permite la comunicación entre el prescriptor, dispensador y paciente*”⁹.

Se debe considerar que el hecho de contar con medicamentos de calidad es un derecho constitucional del paciente, y por lo tanto un deber del Estado, pues este está obligado a garantizar la disponibilidad y acceso a los mismos¹⁰, también es importante recalcar que el médico deberá recetar el nombre genérico del medicamento, siendo un deber más ético que legal, aunque en caso de médicos que presten sus servicios en centros de salud públicos si se convierte en una obligación reglamentaria, ya que esta conducta está regulada en el Reglamento para la Gestión del Suministro de Medicamentos y Control Administrativo, puesto que los intereses de la salud pública prevalecen sobre los económicos, tal como lo señala la Constitución del Ecuador.

En lo referente a los instrumentos, estos deben cumplir con parámetros básicos de asepsia, concepto que no hace referencia únicamente a la higiene sino también a la preparación del equipo, la instrumentación y el cambio de operaciones mediante los mecanismos de esterilización y desinfección; de igual manera los instrumentos deben estar en constante mantenimiento y revisión, pues en caso de que el profesional que los opere, no los revise o no los esterilice y al utilizarlos provoque daño al paciente, incurrirá en responsabilidad por infringir el deber objetivo de cuidado. Además de que la observancia de las óptimas condiciones de los instrumentos previene y disminuye el riesgo en la transmisión de enfermedades y también evita la exposición del personal médico y sus auxiliares.

2.4. Deber de informar

Proporcionar información suficiente es sumamente relevante pues no solamente debe ser considerada como un mero formalismo que el médico debe cumplir

⁹ Artículo 2 Instructivo para el uso de la receta médica.

¹⁰ Artículo 363 Constitución de la República del Ecuador: El Estado será responsable de: 7. Garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces, regular su comercialización y promover la producción nacional y la utilización de medicamentos genéricos que respondan a las necesidades epidemiológicas de la población.



para descargar responsabilidad sino como un derecho del paciente con fundamento constitucional, pues se encuentra estrechamente vinculado con los derechos de libertad, principalmente en lo que tiene que ver con el derecho a la integridad personal¹¹, además de ser un deber ético y moral del médico y un requisito indispensable del consentimiento informado.

En la legislación ecuatoriana se establece que la información que proporcione el profesional de la salud contendrá lo siguiente: “...*diagnóstico, estado de salud actual, pronóstico, tratamiento, riesgos y posibles complicaciones derivadas del uso de los medicamentos y la utilización de procedimientos a los que estarán expuestos, así como las alternativas para el cuidado y tratamiento existentes.*”¹²

Los diferentes doctrinarios no distan mucho en cuanto a los elementos que contendrá la información entregada al usuario de los servicios de salud, de lo que menciona la legislación, por lo tanto para que se cumpla a cabalidad esta obligación por parte del médico, la información entregada al paciente debe englobar cuatro aspectos fundamentales: primero debe informar acerca de la situación real en la que se encuentra el paciente, segundo explicar el procedimiento que se va a seguir en caso de que este decida someterse al tratamiento, tercero las consecuencias que trae consigo la intervención médica¹³; y por último, la situación en la que se encontraría el paciente en caso de no aceptar el tratamiento. Además hay autores que sostienen que a mayor riesgo más precisa debe ser la información¹⁴, la obligación del médico en este sentido se limita a informar los riesgos probables, pues el riesgo inusual es parte misma del ejercicio profesional.

¹¹ Artículo 66 numeral 3 literal a) Constitución de la República del Ecuador: Se reconoce y garantizará a las personas: 3. El derecho a la integridad personal que incluye. a) La integridad física, psíquica, moral y sexual.

¹² Artículo 21 Reglamento para el Manejo de la Información Confidencial en el Sistema Nacional de Salud.

¹³ Un claro ejemplo de esta característica es la Sentencia Salgo v. Leland Stanford, Jr. University Board of Trustees. 1958, en este caso Salgo denuncia al doctor por no informarle de los riesgos o posibles complicaciones de la intervención, cuya consecuencia fue que el paciente quede parapléjico.

¹⁴ Muñoz Conde Francisco. Derecho Penal Parte Especial. Valencia 2002



Este derecho también está contemplado en la Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre los Derechos del Paciente en donde se establece que *“...el paciente tiene derecho a la información necesaria para tomar sus decisiones. El paciente debe entender claramente cuál es el propósito de todo examen o tratamiento y cuáles son las consecuencias de no dar su consentimiento.”*

La información proporcionada por el médico debe ser en un lenguaje sencillo, considerando la condición psicológica y cultural de la persona que está siendo atendida, pues la diferencia en cuanto a conocimiento en la relación médico-paciente es obvia, por cuanto este último no maneja un lenguaje técnico, no conoce el tratamiento y mucho menos los resultados o complicaciones que puedan producirse, siendo así que una información precisa, oportuna, clara y completa, le permitirá ejercer su derecho a la libre determinación y a prestar un consentimiento informado, pues la decisión acerca de su salud o tratamiento la tomará en base a resultados que él entiende y de los cuales está consciente, por lo tanto todo daño que derive de su actuar al no acatar las recomendaciones o inobservar el tratamiento terapéutico recomendado será exclusivamente de su responsabilidad. Caso contrario, es decir si la información no cumple con las características anteriormente señaladas, el médico puede incurrir en responsabilidad tanto civil como penal, ya que estaría vulnerando el derecho del paciente, pues la correcta actuación del médico se extiende a la fase previa o preoperatoria que es justamente donde este cumple con el deber de informar¹⁵, así como su alcance es hasta la fase post operatoria y los riesgos que en esta puedan surgir¹⁶; si bien la información se entregará oralmente, la prueba de descargo será la información que conste en la historia clínica debidamente firmada o sumillada por el paciente.

¹⁵ Sentencia del 25 de Abril de 1994. Tribunal Supremo Español

¹⁶ Sentencia Caso Canterbury v. Spencer. 1972



2.4.1. Excepciones al deber de informar

Las excepciones al deber de informar se encuentran dispersas en la doctrina, por lo que se señalarán las más relevantes.

La primera excepción, y también la más lógica es la relacionada al estado de emergencia, es decir que la intervención deba realizarse de manera urgente o cuando exista peligro de fallecimiento y por lo tanto el paciente no se encuentre en condiciones de poder recibir la información adecuadamente; la vigencia de esta excepción es únicamente por el tiempo que dure la situación de emergencia o riesgo, es decir que, una vez que el paciente recupere la consciencia o supere el estado en el que se encontraba, se le deberá entregar toda la información además de comentarle la situación actual en la que se encuentra para que este exprese su deseo de continuar con el tratamiento o futuras intervenciones.

La segunda excepción surge cuando se presenta el privilegio terapéutico, es decir que el médico mantiene en reserva la información ya que esta puede llegar a causar daños psicológicos al paciente o un daño que empeore la situación en la que se encuentra, por lo tanto la decisión del tratamiento y la intervención la toma el médico al margen de la voluntad del paciente. En este caso, el médico debe detallar con exactitud la condición que guio su actuación en la historia clínica. Esta excepción ha sido objetada y bastante criticada, sobretudo porque puede servir de protección a un actuar negligente e imprudente por parte del médico, ya que la afección psicológica que pudiese llegar a sufrir el paciente es muy subjetiva y no le compete determinar al médico, a diferencia de lo que ocurre en la primera excepción, puesto que el médico y su equipo auxiliar si se encuentran capacitado para determinar el estado de emergencia de la salud del atendido.

Y la última excepción que resulta relevante, es cuando el mismo paciente renuncia a su derecho a ser informado; en este caso la renuncia debe ser expresa, constar en la historia clínica, esta excepción también presenta límites, pues el médico deberá ponderar si es idóneo que el paciente no conozca su estado de salud porque este podría realizar actividades que le perjudiquen gravemente si no conoce su verdadero estado de salud.



De la Ley Orgánica de Salud ecuatoriana, se desprende otra excepción que puede ser considerada en este análisis, estableciendo que no se puede suministrar la información y por lo mismo se puede prescindir del consentimiento del paciente en caso de que exista *riesgo para la salud pública*¹⁷, es decir en casos donde el interés social sea puesto en peligro por la protección al interés personal, por lo tanto el profesional de la salud, hará caso omiso a la decisión del paciente y podrá realizar la intervención, por ejemplo en caso de epidemias o de enfermedades que no circulen en el territorio nacional.

2.4.2. Consentimiento informado

A lo largo de la historia el consentimiento informado ha atravesado varias etapas y denominaciones, evolucionando constantemente hasta la actualidad donde el principio de autonomía ha tomado relevancia, el paciente adquiere un rol protagónico y su derecho a la información se convierte en una garantía constitucional ligado con la libre determinación y autonomía de la voluntad, vinculado además con el respeto a la integridad y dignidad humana por parte del médico.

Resulta importante definir al consentimiento informado, pues este es consecuencia del derecho a recibir información, es decir si el médico cumplió a cabalidad con su obligación de informar el paciente decidirá; por lo tanto el consentimiento informado se refiere al derecho a decidir o no sobre las recomendaciones del médico, si aceptar o declinar sobre el tratamiento o la intervención, así como también la posibilidad de realizar consultas a otros especialistas en centros médicos de su elección; no está demás señalar que este consentimiento puede ser revocado en cualquier momento y además es condición contar con el mismo para que el médico realice cualquier intervención por más minúscula que esta sea¹⁸, además de ser un presupuesto de la *lex artis*, constituye una exigencia ética y es legalmente exigible a los médicos, pues resultará indiferente el resultado que se produzca, ya que en caso de comprobar

¹⁷ Artículo 7 literal h) Ley Orgánica de Salud

¹⁸ Artículo 5 Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina. Oviedo, España 1997.



que no se contó con el consentimiento del paciente, éste deberá ser indemnizado por el daño moral causado, ya que la naturaleza jurídica del mismo recae sobre la dignidad y autonomía del paciente.¹⁹

Es en Estados Unidos donde comienza a construirse doctrina acerca de este tema, se emiten las primeras sentencias que tratan al consentimiento informado de manera independiente, una de las más relevantes se encuentra en la parte resolutive del caso *Schloendorff v. Society of New York Hospitals* emitida el 14 de Abril de 1914 por el Juez Benjamín Cardozo, quien en la parte medular establece que *“Todo ser humano de edad adulta y juicio sano tiene derecho a determinar lo que debe hacerse con su propio cuerpo, y un cirujano que realiza una intervención sin el consentimiento de su paciente comete una agresión por la que se le pueden reclamar legalmente daños...”* exceptuando el caso en el que el paciente se encuentre en estado de inconsciencia y la intervención deba realizarse de manera urgente.

Esta resolución hace referencia únicamente al consentimiento prestado por personas de edad adulta y juicio sano, lo cual resulta relevante, ya que para que este consentimiento sea válido la persona debe encontrarse en la capacidad de expresar su voluntad previa comprensión del acto médico y de las consecuencias que de este se deriven. Por lo tanto vale señalar que las personas que se encuentran fuera de este rango, es decir por personas que ante la ley son consideradas como incapaces²⁰, para que goce de validez el consentimiento informado, tendrá que ser expresado por sus tutores, curadores o representantes legales, diferenciando que si se trata de una incapacidad relativa, por ejemplo un menor púber, la información deberá ser compartida entre el paciente incapaz y su tutor según la capacidad de entendimiento que el primero posea.

En el Ecuador el 22 de Febrero del 2016, se publicó en el Registro Oficial el Modelo de Gestión de Aplicación del Consentimiento Informado en Práctica Asistencial, aprobado y expedido por el Acuerdo Ministerial 5316, el cual es de observancia obligatoria por parte de todos los establecimientos del Sistema

¹⁹ Blanco Jiménez Mercedes. Límites del Consentimiento Informado.

²⁰ Artículo 1463 Código Civil Ecuatoriano



Nacional de Salud, y tiene por objeto fijar los lineamientos para garantizar los derechos de los pacientes. Así mismo define al consentimiento informado como un *“proceso de comunicación y deliberación, que forma parte de la relación de un profesional de la salud y un paciente capaz, por el cual una persona autónoma de forma voluntaria, acepta, niega o revoca una intervención de salud”*²¹.

De esta definición y compartiendo el criterio de varios tratadistas se puede mencionar las características que se deben constatar para que el consentimiento prestado sea válido, estas son:

1. Voluntariedad.- El paciente debe decidir libremente, ejerciendo su derecho a la libre determinación, lo que conlleva que el consentimiento prestado o negado sea dado de forma espontánea. Se estaría inobservando este requisito cuando exista coerción ya sea por parte del médico o de cualquier auxiliar, nos encontraríamos frente a un vicio del consentimiento en materia civil que es la fuerza²².
2. Comprensión.- Se trata de que el paciente entienda las explicaciones del médico de la manera correcta.
3. Capacidad.- Entendida como el poder de obrar válidamente, la capacidad natural de juicio y discernimiento. Hay autores que tratan a esta característica como competencia²³, al referirse a la facultad que posee el paciente para decidir.

El consentimiento informado es una garantía constitucional, cuyo cumplimiento es deber del Estado, así como lo establece el artículo 362 de la Constitución de la República del Ecuador, y el artículo 7 de la Ley Orgánica de Salud; para que exista constancia de que el consentimiento fue otorgado de forma legal, se dejará constancia por escrito para lo cual se utilizará el formulario 024 el mismo que ha sido elaborado en el año 2016 por el Ministerio de Salud, el cual se adjuntará en

²¹ Disposición General Primera. Modelo de Gestión de Aplicación del Consentimiento Informado en Práctica Asistencial.

²² Artículo 1472 Código Civil Ecuatoriano

²³ BUCHANNAN A.E. La decisión tomada para otros.



la historia clínica del paciente para que tenga plena validez; en este formulario se deja constancia de la aceptación, la negativa o el momento de la revocatoria de la autorización.

Resulta inoficioso hablar de consentimiento informado en aquellos casos donde existe una sola opción de tratamiento a seguir por el paciente, pues *la esencia del consentimiento informado radica en la posibilidad de optar, no entre varios facultativos sino entre varias actividades o alternativas diagnósticas o terapéuticas*²⁴, por lo tanto si no existe alternativa la prestación o no del consentimiento no tiene trascendencia.

De las diferentes obras que tratan este tema, podemos colegir que el contenido más importante que debe constar en la ficha donde el paciente firmará, para que el consentimiento no este viciado y sea válido, se verificará lo siguiente:

- Los objetivos de la intervención médica.
- La naturaleza de la intervención, es decir qué es lo que el médico va a realizar.
- Los riesgos que se pueden derivar de la intervención
- Las alternativas u opciones existentes.
- La información al paciente de retirar el consentimiento prestado de forma libre en cualquier momento del tratamiento.
- La explicación clara del tratamiento que el médico está recomendando.
- Los datos completos del paciente.

También la legislación ecuatoriana ha señalado los casos en los que la obtención del consentimiento del paciente se vuelve obligatorio y por lo tanto deberá constar por escrito, siendo los que se numeran a continuación:

- Intervenciones quirúrgicas que impliquen alto riesgo
- Exámenes radiológicos, siempre y cuando se realice bajo anestesia.

²⁴ De Montalvo Jääskeläinen Federico. El Consentimiento Informado y la prueba de la Lex Artis. La Relevancia de la Prueba de Presunciones. Pg. 82



- Tratamientos de radioterapia y quimioterapia
- Prueba de VIH
- Procedimientos endoscópicos
- Trasplante de órganos
- Trasfusiones de sangre
- La investigación en seres humanos, ensayos clínicos y pruebas de laboratorio²⁵.

Por otra parte la doctrina enuncia algunos casos que no han sido considerados en el Ecuador pero que resulta importante mencionarlos, entre los más relevantes se encuentran los siguientes²⁶:

- Cuando el paciente tiene que ser internado en una casa de salud.
- Cuando el paciente se debe someter a una intervención quirúrgica.
- En caso de que deba realizarse alguna amputación, mutilación o extirpación orgánica que produzca modificación permanente en el paciente o en su condición fisiológica o mental.
- Necropsias

En los casos señalados la única prueba que acreditará el cumplimiento de esta obligación será el formulario firmado por las personas que permite la ley pues el hecho de que hayan suscrito supone la presunción de que conocen todo lo que consta en el documento.

Por otra parte, en la jurisprudencia internacional, especialmente la española, se señala que *la forma escrita del consentimiento no resulta imprescindible*²⁷, por cuanto en los casos que no presentan mayor riesgo y la ley no obliga la existencia del formulario suscrito por el paciente, permite que existan otros medios probatorios, incluso testimoniales que acrediten la observancia a esta garantía

²⁵ Artículo 7 literal l) Ley Orgánica de Salud

²⁶ Manual ético-legal de Práctica Médica

²⁷ Sentencia del 30 de marzo del 2004 emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de España.



del consentimiento informado estableciendo tres supuestos que se detallan a continuación²⁸.

El primero se trata del supuesto donde si bien rige la oralidad entre el médico y el paciente, y la ley no exige constancia escrita, existe una anotación en la historia clínica de que la información fue entregada, lo que implica que lo que consta en la historia clínica tendrá igual valor probatorio que el formulario, en este caso le corresponde al paciente o familiar desvirtuar que la información haya sido la suficiente para prestar un consentimiento válido y que por lo tanto no goza de legitimidad.

El segundo caso contempla el supuesto de que el médico entregó la información al paciente de forma oral pero no dejó constancia en la historia clínica, en este panorama la carga de la prueba recae sobre el médico, quien deberá acreditar que su deber fue cumplido a cabalidad, el mismo se podrá probar por ejemplo con las constantes visitas del paciente, o si se trata de una enfermedad duradera que implica un tratamiento permanente, o por los testimonios de los auxiliares médicos, siendo totalmente subjetivo y debatible y quedará a decisión según la sana crítica del juez.

El tercer y último supuesto trata los casos en los que la Ley exige la existencia de un documento escrito donde conste el consentimiento, y pese a esta exigencia no existe formulario alguno suscrito; lógicamente en este supuesto la carga de la prueba recaerá sobre el médico quien deberá presentar el formulario debidamente suscrito por el paciente o un tercero y que contenga la información en los términos legales exigidos; pues es éste quien tiene acceso al mismo por la posición en la que se encuentra.

2.4.3. Personas a quienes se les debe informar

Como se ha señalado en líneas anteriores la información debe ser entregada de forma directa y precisa al paciente que está siendo atendido, pero también

²⁸De Montalvo Jääskeläinen Federico. El Consentimiento Informado y la prueba de la Lex Artis. La Relevancia de la Prueba de Presunciones. Pg. 80



habrán situaciones en las que es imposible que la información sea proporcionada de esta manera; por lo que resulta importante tratar quienes son los titulares del derecho a la información y terceros a los que la misma puede ser dada, y quienes serán los que como consecuencia presten el consentimiento.

Los casos especiales pueden resumirse en dos:

El primero, en caso de pacientes menores de edad, cuya autorización será dada por el representante legal de este, que podrá ser el padre, madre bajo cuya patria potestad viven, o su tutor o curador.²⁹ La decisión del menor será considerada y valorada según su edad y grado de discernimiento, según lo cual se deberá contar con el asentimiento informado, es decir aceptar por conveniente lo que un tercero ha afirmado, aceptado o suscrito, esto siempre y cuando la persona sea mayor de doce años pero menor de 18, tal como se establece en los anexos del Acuerdo Ministerial 5316.

El segundo caso se refiere a las personas que se encuentren en incapacidad temporal o permanente y que por lo tanto no puedan expresar su consentimiento por ningún medio, en este caso según el Reglamento para el Manejo de Información Confidencial en el Sistema Nacional de Salud del Ecuador, establece que la información y el consentimiento será expresado por el cónyuge, conviviente, pareja en unión libre y familiares hasta el segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad.

3. LEX ARTIS

En el campo de la medicina es importante que los médicos apeguen su actuar a técnicas que ya han sido utilizadas por otros profesionales de la salud, protocolos que son universalmente aceptados, sobre todo por los intereses del paciente que se encuentran presentes en el desarrollo de la actividad médica.

²⁹ Artículo 28 Código Civil.



Este término textualmente significa ley del artesano, es un concepto netamente doctrinario, el cual hace referencia a cómo deben ejecutarse ciertas acciones y la legitimidad de las mismas.

Se puede decir que “...la *lex artis* se encuentra conformada por las reglas técnicas que deben seguirse con miras a la obtención de los resultados deseados, esperados y perseguidos, no solo por el paciente sino también por el médico, en beneficio de la salud, la integridad y la vida del primero”³⁰.

La *lex artis* tiene como finalidad la valoración del resultado de la conducta, por lo tanto se encargará de verificar que la actuación del profesional médico esté apegada a la generalidad de conductas profesionales; la dificultad viene dada porque no existen parámetros claramente definidos que permitan encasillar una conducta médica, sino que las reglas vienen dadas por la experiencia y por la aceptación general que hayan tenido con el pasar del tiempo; lo que traerá dificultades y subjetivismos en la etapa probatoria; sin embargo dentro de la literatura médica se indican los síntomas, características o cuadros de diagnóstico que se pueden presentar en ciertas enfermedades, así como también se encuentran los procedimientos recomendados a seguirse en el paciente junto como la técnica de verificación, situaciones que deberán ser obligatoriamente observadas por los médicos que estén tratando casos análogos a los que han sido abordados; en este sentido, el médico debe actuar apegado a las reglas de su profesión, so pena de incurrir en responsabilidad tanto civil como penal, debiendo observar este conjunto de directrices o baremos que permitirán establecer la esfera de su correcto ejercicio profesional.

La *lex artis* es utilizada en aquellas profesiones donde se aplica una técnica operativa, es decir aquella que busca conseguir la eliminación o reducción del riesgo que presenta en un caso concreto. La actividad médica al ser una ciencia experimental cuyo resultado no siempre será el mismo para todos los casos, pero su método y los resultados ya han sido utilizados en casos similares, obliga a que el médico actúe apegado a las prácticas que otros profesionales han

³⁰ Molina Arrubla Carlos Mario. Responsabilidad Penal en la Actividad Médica. Pág. 203 su artículo *Lex Artis*, *Onus Probandi* y la Responsabilidad Médica



utilizado en situaciones análogas observando las características particulares de cada situación, por lo que la *lex artis* va a considerar factores que permitan elegir con claridad la técnica que va a ser aplicada, factores tales como complejidad, trascendencia vital del acto, influencia de factores endógenos.

3.1. Definición y funciones:

Una de las definiciones más acertadas es la que considera a la *lex artis* como *“La suma de reglas técnicas escritas y no escritas aplicables al conjunto de actividades médico-sanitarias que, unidas a las máximas de experiencia y conocimiento que han sido aceptadas por la comunidad científica a través de un determinado consenso y en un momento histórico concreto, permiten unificar criterios para mejorar la atención al paciente”*³¹, es decir que las reglas de la *lex artis* estarán dispersas en la doctrina, y los protocolos médicos que se utilicen universalmente en casos concretos similares, serán las que el médico debe considerar al momento de realizar la intervención. Otra característica importante de esta definición es la que se refiere a que son reglas que han sido consideradas en un momento histórico concreto, puesto que la *lex artis* permanece en constante evolución, pues con el desarrollo tecnológico aparecen nuevos medicamentos, diferentes formas de generar diagnósticos, nueva indumentaria, y sobretodo nuevos equipos que permiten diagnósticos más certeros, pero sin embargo no ocasionan cambios drásticos de la técnica médica, de esto se desprende uno de los deberes del médico que hace referencia a la obligación de actualizar sus conocimientos, pues éste será juzgado en base a la *lex artis* vigente al momento de que se haya cometido la falta.

Teresa Giménez Candela en su obra *Lex Artis y la Responsabilidad Médico-Sanitaria*, señala algunos de los significados de la *lex artis*, los mismos que han sido recogidos de las distintas sentencias emitidas por el Tribunal Supremo Español, entre las que se destacan las siguientes: Como suma de conocimientos

³¹ Chaia Rubén. Responsabilidad Penal Médica. Pág. 88



de la especialidad del médico, como el estado de los conocimientos científicos o técnicos en el nivel más avanzado de las investigaciones, como pruebas de actuación del profesional médico sanitario, y finalmente como suma de obligaciones que deben cumplirse por el médico en su calificada actividad; en estas diferentes acepciones se observan elementos en común, pues todos tratan a la *lex artis* como el conjunto de conocimientos técnicos que el médico estará obligado a cumplir.

Miguel Ángel de las Heras concibe a la *lex artis* como el “*conjunto de contenidos de naturaleza ética, jurídica y técnico-científica cuya observancia resulta exigible en el ejercicio de la actividad*⁶³ *y que aparece caracterizado por su variabilidad en atención a su lógica y necesaria acomodación al desarrollo de la ética, la ciencia y la técnica de la profesión -en constante evolución- a que se refiera*”.

Por último existen autores a quienes la *lex artis* no les convence, pues consideran que esta causa una suerte de inseguridad jurídica, pues considerando las diferencias tanto culturales, como tecnológicas que existen no solamente entre los países, sino entre casas de salud y formación de los médicos y los principios y protocolos que son aplicados por estas, consideran también que el hecho de que no esté codificada y se encuentre dispersa en la doctrina, no permite que los profesionales de la salud adecúen su conducta a una norma claramente establecida.

En fin, la *lex artis* como sea que se la defina, lo que busca es que el médico, en el ejercicio de su profesión, evite actuar de forma arbitraria o antojadiza, practicando intervenciones que no son recomendadas o que presentan complicaciones, sino que éste utilice los métodos o técnicas que son sugeridas por presentar menos riesgos y ser las más eficaces.

Para aclarar lo mencionado es preciso citar el artículo 13 de la Ley 23 de Colombia del año 1981, en el que se establece que “*El médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas. Si en circunstancias excepcionalmente graves un procedimiento experimental se ofrece como la*



única posibilidad de salvación, éste podrá utilizarse con la autorización del paciente o sus familiares responsables...”

No se debe confundir a la *lex artis* con la indicación terapéutica, pues esta hace referencia únicamente al tratamiento en sí, mientras que la *lex artis* además de regular el tratamiento también engloba la exploración médica y los actos de diagnósticos, tampoco se debe relacionar con las prácticas comunes realizadas por la mayoría de médicos y aceptadas en cierta forma dentro de este campo, ya que puede ser que no exista coincidencia entre lo recomendado por la ciencia médica y la práctica común, y en caso de que estas no coincidan, se debe respetar lo establecido en la *lex artis*, por el hecho de que un obrar negligente sea práctica común, no convierte dicho obrar en diligente³², el apego a la *lex artis* es, en cierta forma, un eximente de responsabilidad para el médico.

Las funciones de la *lex artis* se pueden resumir en cuatro³³, siendo estas las siguientes:

La primera, en donde actúa como modelo al cual se recurre para apreciar la impericia o negligencia en el ejercicio profesional, entendida la primera como la falta de conocimientos que se requieren para el ejercicio profesional y a la segunda como la falta del cuidado del médico en su actuación; como se ha señalado anteriormente la *lex artis* establece los baremos que se deben observar, pues el médico no puede actuar arbitrariamente, o ir más allá de lo que los protocolos establecidos le permiten.

La segunda como imperativo de conducta profesional, es decir se convierte en un deber del actuar médico, considerando el dinamismo de este conjunto de reglas técnicas, pues como se mencionaba anteriormente, la *lex artis* varía constantemente con el avance de la ciencia; por lo tanto se complementará con el deber del médico de actualizar sus conocimientos.

La tercera, como requisito del ejercicio de la actividad médica, cuya inobservancia acarrea responsabilidad jurídica al médico. El artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal en su numeral segundo, establece que la

³² Vázquez Ferreira Roberto. Conferencia “La Culpa Médica y su Prueba”. Medellín. 1993

³³ La *Lex Artis* y el Onu Probandi. Pág. 29



inobservancia de la lex artis aplicables a la profesión médica, constituirán infracción al deber objetivo de cuidado, y provoca que la pena sea mayor a que si se hubiese verificado el cumplimiento de este requisito.

La cuarta como norma de complemento, a la cual las normas en blanco pueden remitirse, pues como se mencionaba, son reglas que fijan parámetros de conducta que son exigibles al profesional

3.2. Lex Artis ad-hoc

Este término hace referencia a la aplicación de la lex artis en un caso concreto, es decir se trata de establecer las características que se presentan en una situación actual y única, pues como se mencionaba anteriormente, la lex artis analizará las condiciones particulares no solamente del paciente sino también del médico y factores externos tales como el estado mismo del enfermo, el ambiente familiar en el que se encuentra, el equipo auxiliar con el que se cuenta para la intervención; así como las condiciones en las que el profesional ha actuado.

En otras palabras se trata de la lex artis que considera las peculiaridades que se presentan en cada caso, considerando al profesional, el tiempo, el lugar y al paciente.

Para concluir Terragni establece que *"...cuando el médico ha actuado conforme a las reglas de la lex artis (ad hoc) establecidas para su especialidad, aunque contradigan las reglas genéricas, estará cumpliendo con un deber específico de su técnica y no podrá ser objeto de sanción"*.

3.3. Prueba de la Lex Artis

La prueba tiene como finalidad llevar al juez al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada³⁴, es decir aportar los elementos que verifiquen la existencia del delito

³⁴ Artículo 453 Código Orgánico Integral Penal.



y que ese *acto antijurídico le es atribuible a una persona concretamente individualizada*³⁵,

Desde el Derecho Romano la carga de la prueba le ha correspondido a aquel que alega un hecho, esto se verifica con el aforismo *onus probandi incumbit actori*, pues esta es la regla general, como se observa en materia civil se constata que es obligación de la parte actora probar los hechos afirmados³⁶, estableciendo además dos excepciones que es la prueba en materia de familia en lo referente a los ingresos económicos del alimentante y en materia ambiental, donde será el demandado quien deba probar.

En materia penal, al primar el principio de inocencia, se podría pensar que el paciente debería ser el que pruebe la culpabilidad del médico, para que este responda por lo cometido, y en caso de que no lo logre de manera óptima se aplique el indubio pro reo; respecto a este tema, es preciso hacer referencia a la observación número 13 realizada por el comité de Derechos Humanos, en el que se considera que en virtud de la presunción de inocencia la carga de la prueba recae sobre la acusación, mientras que el acusado tiene el beneficio de la duda.

Lo que se trata de probar en el caso de la actuación médica, es que la *lex artis* aplicada por el médico guarda correspondencia con la técnica normal requerida, por lo tanto se tratará de verificar si la actuación del médico concuerda o no con la generalidad de conductas de los profesionales en situaciones análogas. Se considerarán tres aspectos para establecer la existencia de responsabilidad médica por la vulneración de la *lex artis*, la primera que el actuar del médico haya sido imprudente o negligente, en segundo lugar que el paciente haya sufrido un daño, y finalmente que exista una relación de causalidad entre la actuación negligente y el daño causado.

Una de las sentencias que permiten aclarar a quien le corresponde la carga de la prueba, es la Sentencia emitida por la Sala Primera del Tribunal Supremo Español, en el año 2008 en la que se establece que estará a “...carga de/

³⁵ Zavala Baquerizo Jorge. El Proceso Penal Tomo II. 2004

³⁶ Artículo 169 Código Orgánico General de Procesos



paciente la prueba de la culpa o negligencia correspondiente en el sentido de que ha de dejar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo". Pero existirán situaciones en las cuales quien se encuentre en mejores condiciones de probar será quien deba incorporar los medios que lleven al juez a determinar si existió o no quebrantamiento de la lex artis.

El juez, previo a valorar la prueba que las partes aporten, deberá considerar no solo el actuar del médico y la aplicación adecuada que este ha hecho de la lex artis, sino también observará las características especiales y singulares que tendrá cada paciente, pues los resultados se presentan de manera individual, obedeciendo a los antecedentes y complejidad que presente el mismo, lo que se quiere decir es que la medicina al ser una actividad de ciencia más que de resultados (salvo excepciones como la cirugía estética), para concluir que exista responsabilidad se deberá determinar que la aplicación de la lex artis fue inapropiada.

El juicio valorativo respecto a la aplicación o no de la lex artis, debería ser emitido únicamente por peritos médicos conforme lo manifiesta Terragni, pues ellos serán los que determinen si la acción realizada por el médico encasilla en una conducta relevante en el ámbito penal y que conlleva la imposición de una pena, además de considerar si ha concurrido el consentimiento del paciente y no se trata de un caso aislado, esta conclusión resulta pertinente, sobre todo por el gran número de protocolos médicos existentes, ya que resulta lógico suponer, que una vez producido el daño, lo que para el médico en ese momento fue lo mejor, por el paciente será considerado como una mala decisión.



CAPITULO II

HECHO CULPOSO

1. HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRÁCTICA PROFESIONAL

A mediados del siglo XX, la teoría jurídica comienza a prestar atención ya no solo a los delitos dolosos, entendidos como aquellos en los que el sujeto tiene la intención de producir un resultado típico; sino que los delitos culposos comienzan a tener trascendencia jurídica, pues el desarrollo tecnológico puso a disposición del ser humano distintos equipos y técnicas sobre las cuales carecía de control suficiente, por lo que existía una situación de riesgo a la integridad física, a la vida y al patrimonio, no solo para quien lo manipulaba sino también para terceros, peligros que están fuera del alcance de manejo de las personas consideradas de manera individual, así como fuera del control estatal, esto se conoce doctrinariamente como expansión del Derecho Penal³⁷.

En la profesión médica al no existir una codificación que indique cuales son las conductas imprudentes y negligentes en las cuales el médico no debe incurrir, además por la constante y permanente evolución en la que se encuentra la medicina, ha generado preocupación en quienes ejercen esta profesión, respecto a lo cual la Asociación Médica Mundial se ha pronunciado manifestando lo siguiente: *a consecuencia de la falta de determinación expresa de las conductas encuadrables en las previsiones de las normas legales existe un margen elevado de inseguridad y ello provoca que ante situaciones graves el médico puede llegar a negar la atención al paciente por temor de ser sometido a un proceso judicial, dando lugar a lo que algunos llaman “medicina defensiva”*³⁸

En esta clase de delitos (culposos), se aplica la pena no solo por la conducta reprochable, aunque la misma no sea dolosa, sino también se la aplica por el riesgo que implica su participación en la vida comunitaria³⁹, por esta razón se impone a todas las personas un deber general de cuidado, y a partir de 1930 se

³⁷ Consecuencias de la Modernidad, Ana Lizón Ramón

³⁸ [http://www.bmd.com.ar/Tele Responsabilidad](http://www.bmd.com.ar/TeleResponsabilidad)

³⁹ SCHÖNE, Wolfgang. Imprudencia, tipo y ley penal



comienza a tratar a este deber como elemento integrante de la culpa, que servirá como punto de referencia para establecer responsabilidades.

Según Zaffaroni, el tipo culposo generalmente es abierto, por lo que debe acudir a otra norma que en la mayoría de los casos se referirá a la imprudencia, negligencia, impericia o a la infracción del deber objetivo de cuidado, ya que al no poder individualizar la conducta, se deberá acudir a una fuente distinta que permita determinar la actividad que el sujeto se encontraba realizando para saber cuál es el deber de cuidado infringido; es decir se prohíbe una conducta final pero no por el fin en sí, sino por los medios que ha seleccionado el autor o por la forma defectuosa de su actuar, pues es precisamente la manera de realizar la acción lo que ocasiona la producción del resultado; además resulta importante determinar la finalidad que perseguía la conducta pues así se conocerá cuál era el deber de cuidado, si este ha sido infringido y a la vez si la conducta era típica.

En la doctrina, se ha vuelto frecuente utilizar la denominación de delito imprudente y dejar de lado el término culposo, a efecto de evitar confusión con la palabra culpabilidad, pues conllevan significados diferentes, ya que esta última se refiere a la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica de la persona, siendo por lo tanto un elemento subjetivo de la teoría del delito, elemento subjetivo que conforme la teoría final de la acción, la cual adopta nuestra legislación penal, se encuentra en la tipicidad.

En la legislación ecuatoriana pese a las confusiones que pueden generarse, el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, habla del delito culposo, lo que conlleva referirse a la imprudencia, negligencia e impericia en donde la primera se trata de un exceso en el actuar, la segunda se refiere a un defecto en su actuar, y la última se trata de una inhabilidad en su obrar, las tres conllevan a la violación de un deber de cuidado como se aborda en líneas posteriores, pues el propio Código Orgánico Integral Penal se refiere a la culpa de la siguiente manera “*Actúa con culpa quien infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso...*”⁴⁰. Este artículo contiene las condiciones que una vez verificadas derivan en la infracción

⁴⁰ Artículo 27 Código Orgánico Integral Penal.



del deber de cuidado, cuya pena varía según concurren o no situaciones agravantes, que serán analizadas de manera oportuna.

La norma tiene como fin la protección de los bienes jurídicos que en caso de ser transgredidos se impone una pena al autor ya sea que la conducta haya sido dolosa o culposa. En el caso de la actividad médica, la norma tiene como finalidad motivar al destinatario a que evite la muerte de un tercero, siendo el bien jurídico protegido la vida. En este sentido hay que considerar que los médicos en el ejercicio de su profesión están expuestos a una serie de riesgos que engloban la integridad no solo física sino también psicológica de su paciente, por lo que se busca que el profesional evite situaciones que le acarreen responsabilidad civil y penal, y apegue su actuar a los protocolos recomendados por la *lex artis* pues solamente así, si es que llegase a producirse un resultado desfavorable para el paciente, este no será imputable al médico, siendo necesario que se pruebe si existe o no un nexo causal entre la actuación médica y el resultado dañoso además se deberá verificar si a la conducta le han acompañado actuaciones negligentes, imprudentes o imperitas y sobre todo si se ha infringido un deber de cuidado, y es importante recalcar que la medicina es una profesión de procedimientos y no siempre de resultados.

Para el delito imprudente solo *se consideran las acciones libres y dominadoras, es decir la posibilidad de realizar acciones específicas, en determinadas circunstancias y en cierto momento*⁴¹, por lo tanto en el homicidio culposo que es materia de análisis, el médico debe tomar la decisión de actuar o abstenerse de acuerdo a su conocimiento adquirido y mediante la voluntad de llevar a cabo la acción, dominando la causalidad a su cargo, tal como lo sostiene Edgardo Alberto Donna.

Existen dos cuestiones que se deben considerar para determinar una conducta imprudente. La primera que consiste en encontrar la norma de cuidado aplicable al caso, que en el ámbito médico al no contarse con un código que establezca de manera expresa cuáles son las conductas que deben ser observadas, se deberá recurrir a lo que determina la *lex artis*, pues si el médico actúa

⁴¹ DONNA Edgardo, El delito imprudente Autoría y participación criminal.



inobservando estas reglas técnicas y éticas existiría un indicio de violación al deber objetivo de cuidado. La segunda si se incluyen o no los conocimientos y capacidades especiales.

Para que un delito imprudente sea atribuido a un médico, no es suficiente que se haya producido la infracción al deber objetivo del cuidado, sino que el resultado debe ser uno prohibido por la norma penal. Respecto a esta idea Maro Antonio Terragni la explica con un ejemplo claro, supone que un carro rebasa por un carril prohibido y atropella a un suicida, en este caso el resultado no se produce porque el carro circulaba de manera antirreglamentaria, sino por la acción de la persona que intentaba suicidarse, por lo tanto el resultado se podía producir incluso si el auto observaba su deber. Entonces, la norma de cuidado infringida, es decir conducir observando los reglamentos tiene como finalidad evitar accidentes de tránsito pero no busca proteger a suicidas. Por lo tanto, en base a lo expresado, se puede concluir que los delitos culposos o imprudentes requieren un nexo el deber objetivo de cuidado y el fin de protección de la norma⁴². Esta idea también es compartida por Donna que expresa que si el *resultado no se ha producido o su producción es ajena a la acción típica, el delito no se habría cometido*.⁴³

Si el médico en el cumplimiento de la finalidad de su profesión que es la de curar al paciente actúa respetando el deber objetivo de cuidado, no se puede hablar de una acción típica culposa sino de una acción atípica.

Claus Roxin señala que a nivel de la tipicidad se establece si un delito es o no imprudente, en el caso ecuatoriano el tipo penal requiere que para que sea un delito imprudente o culposo exista la infracción del deber de cuidado y a la vez se determina que se infringe el mismo cuando hayan concurrido los cuatro supuestos que señala la norma que son:

1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.

⁴² Terragni Marco. El Delito Culposo en la Praxis Médica. Pág. 70.

⁴³ Donna Edgardo Alberto. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I. Pág 235



2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión.
3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.
4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.

Por otro lado, el Tribunal Supremo Español⁴⁴ señala ciertos rasgos que deben presentarse para encontrarnos frente a un delito culposo o imprudente, entre los que destacan los siguientes:

1. Una acción u omisión voluntaria, no intencional o maliciosa.
2. Actuación negligente o reprochable por falta de previsión más o menos relevante (factor psicológico o subjetivo, eje o nervio de la conducta culposa en cuanto propiciador del riesgo, al marginarse la racional presencia de consecuencias nocivas de la acción u omisión empeñadas, siempre previsibles, prevenibles y evitables; se trata de un elemento de raigambre anímica no homogeneizable y, por lo tanto, susceptible de apreciarse en una gradación diferenciadora)
3. Factor normativo o externo, representado por la infracción del deber objetivo de cuidado, traducido en normas específicas reguladoras y de buen gobierno que deben observarse en el desarrollo de determinadas actividades, hallándose en la infracción de tales principios o normas socio-culturales o legales la raíz del elemento de ilicitud o incumplimiento detectables en la conducta culposa.
4. Originación de un daño o alteración de la situación preexistente que el sujeto debía conocer como previsible, prevenible y evitable, caso de haberse observado el deber objetivo de cuidado que tenía impuesto y que, por serle exigible, debiera haber cumplido puntual e ineludiblemente (elemento psicológico, espiritual o subjetivo).

⁴⁴ Sentencia 10-3-59 Sala 2 Tribunal Supremo Español.



5. Adecuada relación de causalidad entre el proceder inobservante del deber objetivo de cuidado y el daño sobrevenido, lo que supone la traducción del peligro potencial entrevisto o que debió preverse, en una consecuencia real.
6. Relevancia jurídica de la relación causalidad, no bastando la mera relación natural, sino que se precisa que el resultado hubiese podido evitarse con una conducta cuidadosa o, al menos, no se hubiera incrementado el riesgo resultado preexistente y que, además, la norma infringida se orientaba a impedir.

Para mayor entendimiento de lo expuesto y poder analizar el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, es pertinente referirse brevemente a la culpa o imprudencia, citando al doctrinario Jiménez de Azúa ya que la define de una forma precisa en su obra Tratado de Derecho Penal al decir que existe culpa cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no solo cuando han faltado al autor la presentación del resultado que se prevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de la actividad del autor, que producen interés al resultado antijurídico y sin ratificar, diferenciándose claramente del dolo que es abordado en la misma obra de Jiménez de Azúa entendido como delitos dolosos aquellos en los cuales se produce un resultado típicamente antijurídico con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.

1.1 Elementos del Tipo

En los delitos culposos o también conocidos como delitos imprudentes, se señalan los siguientes.



- a) Infracción del deber de cuidado: Entendido el deber de cuidado como la obligación que tienen todas las personas de actuar prestando el cuidado suficiente para prevenir y evitar la lesión, o evitar poner en peligro bienes jurídicos⁴⁵.

Será abordado de manera amplia en el siguiente numeral

- b) Resultado material o peligro concreto en los delitos imprudentes de resultado
- c) Relación de causalidad
- d) Imputación objetiva del resultado

Vale analizar los elementos exigidos por el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal para que se configure el tipo penal.

Así tenemos que el sujeto activo es cualquier persona en el ejercicio de su profesión, en el caso analizado el médico, el sujeto pasivo y acción típica, en la figura simple de este delito se configura cuando se produce la muerte por una violación al deber objetivo de cuidado y es sancionada con una pena de uno a tres años, mientras que la figura agravada además de la vulneración del deber objetivo de cuidado exige que para que se haya ocasionado la muerte deben haber concurrido acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas, acciones que deben ser concurrentes así lo considera la Corte Nacional de Justicia en su resolución 01-2014 publicada en el Registro Oficial Número 246 del 15 de Mayo del año 2014, en este caso la pena es de tres a cinco años. Para mayor entendimiento se deben considerar como acciones innecesarias a aquellas cuya realización está demás ya que no está encadenada a la consecución del resultado, se puede partir de lo que se entiende por acciones necesarias que son aquellas que no se encuentran a elección del actor, que la Real Academia lo define como. Las acciones peligrosas serían aquellas que aumentan la probabilidad de causar cierto daño o aumentan el riesgo que de por sí existe en

⁴⁵ Sentencia emitida por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia dentro del caso 2021-2014



la actividad médica. Y por último las acciones ilegítimas son las contrarias a la razón, que no tienen una fuente legítima.

2. ANÁLISIS DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO

El deber objetivo de cuidado pertenece a una categoría dogmática, construida para poder comprender, cuál sería la conducta que la persona debía observar por ser parte de un actuar común y acertado en esas condiciones y si esta conducta era conocida y por los tanto exigible para quien realizó la acción que produjo un resultado lesivo; resulta acertado lo que menciona Molina Arrubla al decir que el cuidado exigido es *el que hubiera puesto un hombre consciente y prudente en la misma situación, sin atender a la especial capacidad que pudiera tener el autor*⁴⁶, con lo que se puede hacer una analogía a lo que en derecho civil se refiere cuando se hace la distinción entre las especies de culpa en el artículo 29 usando el término padre de familia. Respecto a esto vale mencionar que el profesional debe realizar la conducta como una persona razonable y prudente puesta en lugar del agente, y en caso de que este lo haga de una forma distinta infringirá el deber de cuidado y aumentaría el riesgo, pues su actuación se consideraría peligrosa.

Para empezar este análisis resulta necesario referirse a lo que debe entenderse por el término DEBER al que jurídicamente se lo define como “*necesidad moral de una acción u omisión, impuesta por ley, pacto o decisión unilateral irrevocable, para servicio o beneficio ajeno y cumplimiento de los fines exigidos por el orden social humano*”.⁴⁷ Es decir que se trata de una obligación impuesta no solamente por la ley, porque como se ha venido analizando este deber en la actividad médica se va a encontrar en la *lex artis* y los distintos protocolos médicos existentes.

⁴⁶ Molina Arrubla Carlos. Pág. 242

⁴⁷ Diccionario Jurídico Elemental Guillermo Cabanellas



El deber de cuidado obliga a que la persona adopte medidas que permitan disminuir el riesgo y el peligro que pueden desencadenar de sus acciones u omisiones, apegando su actuar al ordenamiento jurídico y el respeto a los bienes jurídicos de los demás. Este deber de cuidado no debe ser ilimitado, pues como sostiene Welzel esto llevaría a que las personas se encuentren en total inactividad por miedo a que su conducta acarree responsabilidad; por otro lado, se encuentra el deber de autoprotección de la víctima siempre que se encuentre en capacidad para razonar y conocer el peligro al cual se está enfrentando. Además la persona a quien se le pretende responsabilizar del hecho debe ser el que esté llamado a cumplir el deber de cuidado, es así como lo considera Bacigalupo al decir que *“quien no evita un resultado pudiendo haberlo hecho, y no tenía el deber de actuar, desaparecerá la antijuridicidad de su comportamiento, mientras respecto de quien pudiendo y debiendo evitar un resultado no lo hace se debe predicar no sólo el juicio de imputación por lo que pudo haber hecho, sino el de antijuridicidad por lo que debió haber realizado. Así, quien no desarrolló la maniobra de salvamento porque no sabiendo nadar no pudo hacerlo no habrá desplegado una conducta imputable, mientras el salvavidas que no rescató al ahogado le es imputable una conducta antijurídica; pero a quien sabiendo nadar y no teniendo el deber de actuar no emprendió el rescate se le imputará la conducta pero se la considerará como no antijurídica”*.

Hay quienes consideran que el deber de cuidado es individual, tomando en cuenta la condición concreta del sujeto profesional que interviene, la pericia en su actuación, es decir su grado de conocimiento y luego se determinará si actuó cumpliendo los parámetros exigidos a su capacidad y posición que ocupa, por lo tanto lo que diferencia al delito imprudente del delito doloso es precisamente la norma de cuidado preexistente, por lo que el sujeto conoce el riesgo o peligro que puede generar su actuar y debería abstenerse de realizarlo, para esta situación la doctrina entiende como conocimientos especiales a la experiencia que tiene el sujeto en la actividad que le ocupa, el aprendizaje que haya realizado sobre ella y el especial conocimiento de la situación que tenga el autor, (...) generalmente, la habilidad particular del autor en el desempeño de dicha



actividad⁴⁸. Respecto a esto Jakobs utiliza la frase “*no todo es asunto de todos*” al referirse a que cada individuo cumple su rol dentro de la sociedad, por lo tanto cada persona tiene un deber de cuidado asignado según su profesión, nivel de educación, economía y cultura, del cual no puede apartarse.

a. Infracción al Deber Objetivo de Cuidado

Se parte de la infracción entendida esta como una *transgresión, quebrantamiento, violación, incumplimiento de una ley, pacto o tratado*⁴⁹. Es decir en el caso de estudio, el médico debe realizar una acción que no transgreda el deber que está obligado a observar y que su obrar tenga relación directa con el resultado que se ha producido.

Francesco Carrara define la infracción al deber objetivo de cuidado como “*la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho*”. También Jakobs entiende que existe infracción al deber de cuidado cuando el individuo *hubiera podido prever la peligrosidad de la conducta con arreglo a sus conocimientos y capacidades, y sin embargo no lo hizo*⁵⁰.

Para determinar si se ha infringido el deber de cuidado se deben considerar ciertos aspectos propuestos por dos posiciones doctrinarias:

La primera se trata de una posición subjetiva que es defendida por autores como Cerezo Mir, quien sostiene que se deben considerar las capacidades y habilidades especiales del autor, es así que *si el médico se limita a hacer uso de la pericia y habilidad imprescindibles para poder llevar a cabo una operación, su conducta responderá al cuidado objetivamente debido y no estará comprendida en el tipo de lo injusto de los delitos imprudentes*⁵¹. Otro de los autores que

⁴⁸ Piña Roxana. El Tipo Subjetivo en el Delito Imprudente. Pág. 63

⁴⁹ Diccionario Jurídico Elemental Guillermo Cabanellas.

⁵⁰ Jakobs Gunther. El Delito imprudente. Estudios de Derecho Penal. Pág. 180

⁵¹ Posse Verónica. La Determinación del Deber de Cuidado. Enfoque desde el ámbito de la medicina. Citando a Cerezo Mir Pág. 6



defiende esta posición es José Zugaldía quien manifiesta *“la adecuación de la conducta al tipo de injusto del delito culposo exige que el sujeto haya tenido la posibilidad de saber de la producción de un resultado evitable (deber de cuidado) y la conducta exigida en el caso concreto se rige por los conocimientos y capacidades individuales del autor, solo la infracción del deber individual de cuidado origina el cumplimiento del tipo de injusto del delito culposo⁵².”* Se coincide en que el deber de cuidado es individual, se considera la capacidad del autor estableciendo un baremo referencial para que de esta forma se pueda determinar cuando el sujeto actúa infringiendo el deber de cuidado, sin embargo si bien vale referirse a la capacidad del autor (entendida como la capacidad de actuar), no se deben considerar elementos subjetivos en el tipo, pues se trata de un delito imprudente.

Del otro lado se encuentra la posición objetiva, defendida por autores como Heinz Gössel y Maurach, quienes consideran que se deben tomar en cuenta a los grupos sociales que se encuentran rodeando al autor y el conjunto de reglas extrajurídicas que estos aportan, así entra a jugar un papel predominante la ética médica; en esta posición doctrinaria lo que resulta relevante es determinar la forma y los medios que fueron utilizados en la infracción del deber de cuidado; por lo tanto el cuidado debido será medido en base al comportamiento del *hombre consciente y ponderado que forma parte del círculo al cual pertenece el autor⁵³.*

Respecto a estas dos posiciones vale mencionar lo dicho por Jeschek al afirmar que *“solamente cuando se ha constatado el aspecto objetivo del hecho imprudente (tipo de injusto) puede seguirse preguntando si el mandato general de cuidado y previsión hubiese podido ser cumplido por el autor individual según su inteligencia y formación, su habilidad y capacitación, su experiencia de la vida y su posición social (tipo de culpabilidad)⁵⁴.”*

⁵² Zugaldía José. La Infracción del Deber Individual de Cuidado, en el Sistema del Delito Culposo. Pág. 332

⁵³ Maurach Reinhart. Formas de Aparición del Delito y las Consecuencias Jurídicas del Hecho. Pág. 145

⁵⁴ Jescheck, Hans-Heinrich Weigend, Thomas. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Pág. 80



La infracción del deber objetivo de cuidado generalmente se produce por una conducta negligente, imprudente o imperita, por lo que se va a proceder a definir cada una de estas:

i. Negligencia

La negligencia se produce por un actuar descuidado de parte del profesional cuando este omite de forma consciente una acción que debía observar obligatoriamente; es decir cuando el médico a pesar de conocer el protocolo lo ignora y produce un daño al paciente debido a dicha omisión, ya sea que haya prevenido el resultado y haya confiado en que el mismo no se va producir o porque no previó el mismo siendo este previsible; distinguiendo dos tipos de negligencia una consciente y otra inconsciente, la primera tiene lugar cuando conociendo la eventualidad de un resultado dañoso, es decir anunciando que este resultado pueda darse, no se ven las precauciones necesarias para que no se produzca; y la segunda surge cuando no se previó la consecuencia dañosa que al conocimiento del médico debió haberse previsto y, por ende del resultado; no se tomaron las medidas de precaución para que no tuviera efecto. Así también puede relacionarse la negligencia con la culpa inconsciente, toda vez que la persona que actúa de forma descuidada no prevé el resultado que puede surgir.

Una de las definiciones de un actuar negligente más acertada es la utilizada por el profesor Riu quien señala que es negligente *el profesional que no ha puesto el empeño necesario, el celo requerido, la diligencia exigible, la preocupación correspondiente, el control debido, la verificación pertinente, el cuidado solícito y hasta la imaginación suficiente, que la atención del paciente demande*⁵⁵.

Lo opuesto a la negligencia es el actuar diligente, aquel en el que se realizan los esfuerzos necesarios y se obtiene un final exitoso o el deseado, por lo que un obrar negligente es aquel en el que no existe concentración y si abandono. Son

⁵⁵ Riu Jorge Alberto. Responsabilidad Profesional de los Médicos. Pág. 44



manifestaciones de la negligencia los casos de olvido, las distracciones, las situaciones en las cuales el médico acepta un requerimiento sabiendo que acarrea riesgos superiores a los tolerables

Terragni señala que *“El orden jurídico desvalora no la negligencia por sí misma sino las consecuencias que de ella derivan: en la actividad médica lesiones o muerte del paciente. De manera que quien no puede mantener una concentración constante, el que se distrae porque su atención salta permanentemente de una cosa a la otra, no debe emprender una actividad peligrosa para la cual, por esos defectos, no está dotado. Si lo hace y la negligencia deriva en un resultado típico, ese efecto le será objetivamente imputable”*⁵⁶ comentario totalmente acertado pues no se pretende que todas las personas en su acciones sean diligentes, como sostiene el mismo autor esto recae en el campo de los requerimientos morales.

Si el profesional de la salud incurre en negligencia, su error será inexcusable ya que representa un incremento del riesgo permitido, para clarificar lo mencionado vale citar el ejemplo de Terragni en el cual el médico por no poner la atención requerida interpreta mal los resultados de los estudios realizados al paciente y le suministra medicamentos que causan una reacción alérgica al paciente y este fallece.

Los límites entre la diligencia y la negligencia se dan a partir de la *adecuación de la conducta a la norma*⁵⁷, pues esta exige que el actuar esté apegado al deber objetivo de cuidado protegiendo así a la persona.

ii. Imprudencia

La imprudencia etimológicamente significa sin prudencia, es decir es imprudente quien actúa sin la debida precaución, que realiza más de lo que le corresponde

⁵⁶ Terragni Marco. Pág. 164

⁵⁷ Terragni Marco. Pág. 166



generando actos peligrosos, o realizando algo que las reglas de la prudencia aconsejan no hacer, como dice Zaffaroni. Dentro del campo médico la imprudencia se presenta cuando el *médico adopta una actitud profesional injustificadamente apresurada o carente de juicio previo y necesario que se requiere para prever los resultados de los actos médicos*⁵⁸. El profesional adopta una posición temeraria. Vale referirse a la prudencia que es considerada como *una de las cuatro virtudes cardinales que enseña al hombre a discernir lo bueno de lo malo para actuar con concordancia, supone sensatez, tacto, tino y sobretodo reflexión*⁵⁹, por lo que se puede concluir que es imprudente quien no tiene la debida diligencia en su actuar, para lo cual se debe considerar el fin de protección de la norma.

Los límites entre prudencia y la imprudencia no deben ser fijados, a criterio de Terragni, por parte de los jueces en base a la sana crítica, sino que estos vienen dados por la norma, el juez únicamente impondrá las sanciones que correspondan por ese actuar imprudente.

iii. Impericia

La impericia también se trata de una forma de infringir el deber objetivo de cuidado, consiste en actuar de manera no idónea, pues para la actividad que se realiza se necesita de una destreza o conocimiento específico, por lo tanto este concepto se refiere al caso de que el médico debiendo tener cierta especialidad actúa sin la misma y que por el incumplimiento de esta exigencia produce un resultado desfavorable.

Estamos frente a la actuación de una persona inexperta ya sea por ausencia de conocimiento, falta de experiencia o falta de habilidad motriz.

⁵⁸ Serrano Escobar, Luis Guillermo. Nuevos conceptos de Responsabilidad Médica. Pág. 16

Altavilla Enrico. La culpa: El delito culposo, sus repercusiones civiles y su análisis psicológico. Pág. 16

⁵⁹ Terragni Marco. Pág. 162



El antónimo de impericia viene a ser la pericia que aborda dos campos el primero que es el nivel cognoscitivo de la persona que en el caso de la actividad médica se presume por el hecho del título profesional que le permite ejercer al médico, además al tratarse de una rama que se encuentra en constante evolución científica y técnica, implica que el médico permanentemente actualice su conocimiento; y el segundo que es la habilidad o destreza la misma que se pierde con el paso de los años, y la medicina demanda plenitud y precisión en el actuar del profesional.

En la impericia se consideran las características o cualidades individuales del autor, pues estas deberán ser específicas para cada profesión o área del conocimiento y actuación, pues la labor que cumple implica ciertas exigencias que pueden incluso tener cierto nivel de peligro, tal como sucede con la actividad médica, aunque por el mismo hecho de ser una profesión de alto riesgo exige más pericia y pleno conocimiento de parte del médico.

Una vez analizados estos elementos, corresponde retornar al deber de cuidado para lo cual se debe considerar que en la profesión médica el paciente ya se encuentra en peligro, por lo que el actuar del médico engloba cierto riesgo, el cual es tolerado socialmente pero no debe sobrepasar esta aceptación. El Derecho Penal, lo que busca es impedir que la actuación médica provoque un resultado que el médico hubiese podido evitar, pues este no prohíbe que el profesional asuma riesgos, pues estos se encuentran implícitos en el ejercicio de su profesión, sino que en su intervención debe generar más beneficios que perjuicios.

La violación del deber de cuidado debe ser determinante del resultado, es decir tratarse de una acción tan relevante, que sin la cual no hubiese existido peligro alguno.

Dentro del Deber de Cuidado en general, se puede distinguir dos especificidades:



La primera relacionada con el Deber de Cuidado Interno o Intelectual, que se conoce también como culpa inconsciente, que se refiere al deber de previsión que tiene el sujeto para conocer si de su actuar puede devenir un resultado peligroso, por lo tanto el sujeto no prevé siquiera la posibilidad de exista un peligro.

La segunda trata del Deber de Cuidado Externo o culpa consciente, lo que obliga al profesional a actuar de acuerdo a las pautas de cuidado que se encuentran establecidas (la *lex artis médica*), para el peligro del cual se trate, esta especificidad implica la observancia a los deberes que han sido analizados en el capítulo primero, pero hace especial referencia al cumplimiento de tres situaciones: el deber de omitir acciones peligrosas e innecesarias, el deber de entregar información previa y finalmente el deber de actuar con prudencia y pericia. Es decir en este tipo de culpa, el profesional advierte la posibilidad de que de su actuar se derive un peligro, y sin embargo actúa.

Doctrinariamente ha entrado en discusión si los elementos subjetivos, en cuanto a los conocimientos y condiciones especiales del profesional, deben discutirse y ser considerados al momento de determinar la infracción al deber objetivo de cuidado, tal como sucede con los delitos dolosos; los conocimientos entendidos como la experiencia del profesional en la actividad que desempeña, cuánto este se ha educado en lo que va a realizar y el especial conocimiento de la situación; por condiciones especiales se entiende la capacidad, aptitud o habilidad que el profesional tiene en la ejecución o desarrollo de su actividad.

Zaffaroni señala algunos casos en los que puede surgir la violación al deber objetivo de cuidado, siendo los siguientes:

- En la apreciación de la situación típica
- En la ejecución de la conducta debida
- En la apreciación de la posibilidad física de ejecución
- En el conocimiento de su condición que le pone en situación de garante



En base a todo lo expuesto, se pueden señalar las características⁶⁰ más relevantes del Deber de Cuidado:

- No existen deberes de cuidado genéricos, sino que son específicos: es decir que a cada conducta le va a corresponder un determinado deber de cuidado. No existe un deber de cuidado general, sino como se mencionaba en el capítulo anterior, existirá uno que corresponda a cada conducta, para lo cual es preciso conocer la finalidad de actuación que tenía el sujeto activo, dicha finalidad únicamente servirá para saber el deber de cuidado que tenía a cargo y en ese momento observar si la acción empleada encaja en un actuar negligente o imprudente, pues como se conoce la conducta en razón de la finalidad es propia de los delitos dolosos. En la profesión materia de este análisis, al médico se le va a asignar un deber de cuidado específico que será diferente del de los demás auxiliares, pues este servirá para determinar responsabilidad en caso de que sea inobservado. Para ejemplificar lo anotado a un médico anesthesiologo le corresponderá realizar los exámenes previos al paciente, suministrar la anestesia y finalizará cuando el paciente haya despertado, por lo tanto si el paciente tiene una infección por una gasa olvidada dentro de su cuerpo, será responsabilidad de otro de los auxiliares ya que nada tiene que ver con el deber del anesthesiologo.
- La violación del deber de cuidado implica previsibilidad y evitabilidad del resultado: debe existir la posibilidad de prevenir y evitar el resultado que lesiona bienes jurídicos, pues si el daño deviene de un caso fortuito o fuerza mayor ya no encajaría en la infracción al deber de cuidado que el sujeto activo estaba obligado a respetar.
- La violación del deber de cuidado puede provenir de una acción u omisión.

60



3. ELEMENTOS SUBJETIVOS

a. Evitabilidad

La evitabilidad es parte del elemento acción o del tipo, se refiere como elemento de la acción cuando el sujeto activo aun cuando no haya querido generar el resultado y trató de cambiar el efecto esta circunstancia no se encontraba dentro de sus posibilidades. Hay que anotar que la previsibilidad es requisito de la evitabilidad pues lo imprevisible es inevitable, pues *“sólo las consecuencias previsibles pueden ser consideradas evitables en sentido jurídico, sólo a ellas se refiere la prohibición legal. Pues, para eludir también todo daño imprevisible, no habría directamente que actuar, e incluso si esto fuera concebible, por medio de esta inactividad también podría ocasionarse males. La evitabilidad se halla condicionada por la previsibilidad⁶¹”*

El momento en el que el sujeto actúa y produce una consecuencia jurídica por un comportamiento inevitable esta situación no es abordada por la ley penal, pues el sujeto no persigue el resultado dañoso pero sin embargo infringe el deber de cuidado, si por el contrario pudo evitar dicho resultado su actuar se adecúa en ese momento al tipo penal, por lo tanto será responsable.

Jakobs sostiene que *“un comportamiento es evitable si el autor, al tener un motivo para evitarlo, pudo realmente hacerlo, en todo caso, la posibilidad de una evitación sistemática está al alcance de su motivación⁶².”*

La evitabilidad depende de las capacidades volitivas, intelectuales y físicas del autor, capacidades físicas que se deben analizar en las causas de exclusión de la acción como los casos de fuerza física irresistible y casos de actos reflejos, pues en estas condiciones evitar un resultado es imposible, así Bacigalupo ejemplifica de la siguiente manera en el caso de *una avalancha de gente que oprime contra una pared a una persona, que a su vez asfixia con su cuerpo a un niño pequeño que se halla entre la pared y él, la causación de la muerte es*

⁶¹ Córdova Fernando. Dolo y Evitabilidad Individual. Pág.220

⁶² Jakobs Günther. El Principio de Culpabilidad. Pág. 29



*inevitable para esa persona por falta de capacidad física para resistir la fuerza de empuje de la muchedumbre*⁶³.

La doctrina ha tratado de establecer ciertos requisitos de la evitabilidad, resaltando los siguientes:

- *El autor debe tener la clara posibilidad de conocer la antijuricidad de su conducta; tomando en cuenta que cada individuo en la sociedad desarrolla una actividad lícita, se presume que éste tiene el conocimiento suficiente para desempeñarla dentro de los límites establecidos. Además por la ficción del conocimiento de la ley.*
- *Debe haber tenido ocasión concreta de saber la recta posibilidad de su acción, inversa a la asumida contraria a la norma.*
- *Le debe ser clara la posibilidad de conocer la antijuricidad; la obligatoriedad de sujeción a una norma, traer implícito en ella que su transgresión acarrearía una sanción*⁶⁴.

b. Previsibilidad

La previsibilidad es un elemento subjetivo de carácter general, el cual se fundamenta en la posibilidad que tiene el sujeto activo de evitar el efecto dañoso que produce su actuar, siempre y cuando este efecto sea previsible pues en ese momento podrá ser adjudicado al autor, es decir se consideran los conocimientos especiales de la persona, así lo sostiene Cerezo Mir al decir que “*los conocimientos especiales del individuo son tenidos en cuenta en el juicio de previsibilidad objetiva que sirve de base para determinar el cuidado debido*”. A partir de esto se puede deducir que la previsibilidad tiene una doble connotación, primero la previsibilidad objetiva que se refiere al caso en donde el ser humano puede prever el resultado de su acción sin considerarse la situación específica

⁶³ Bacigalupo. Derecho Penal. Pág. 250

⁶⁴ Días Horacio. El Código Penal y su interpretación en la Jurisprudencia. Pág 16



en la que se encuentra sino únicamente la posibilidad de previsión que tiene, esta previsibilidad objetiva es fijada en base a la capacidad del hombre medio conforme a una conducta patrón o modelo, lo que en cierto modo respeta el principio de igualdad pero a la vez crea un problema en el ámbito jurídico por cuanto no se podría imputar un comportamiento a la persona que no ha empleado conocimientos superiores al exigido, es así que Zaffaroni dice que se trata de *una figura de imaginación manipulable a voluntad del intérprete y, por ende, sin capacidad para proveer límites ciertos a la tipicidad y que es necesario advertir a su respecto que esta construcción imaginaria no debe confundirse con un dato de la realidad por entero diferente, que es la existencia de un standard mínimo de previsibilidad, compartido por casi todos los integrantes de una cultura, lo que es verificable: en tanto que el standard medio es imaginario, el mínimo es real y verificable*⁶⁵; del otro lado está la previsibilidad subjetiva o individual en la cual si se considera la situación concreta, las circunstancias y las características propias de la persona; desde un punto de vista objetivo, debería existir una especie de “conducta modelo”, pues a partir de esta se exigiría a todas las personas una conducta media, es decir que no se podría imputar una conducta a quien no haya empleado parámetros más altos que los exigidos.

En la generalidad de los casos la previsibilidad se refiere a acontecimientos futuros y si el agente se encuentra en posibilidad de preverlos, aunque hay quienes sostienen que se tratan de acontecimientos corolarios que son deducidos a partir de ciertos hechos.

La previsibilidad permite conocer al autor el peligro que su conducta crea para los bienes jurídicos de otras personas y que a su vez este pueda utilizar otros medios que resulten ser más adecuados para su actividad y reduzcan el nivel de riesgo. Para saber si el autor pudo evitar la conducta se debe establecer si éste conocía las circunstancias concretas del hecho lo que se conoce en doctrina como conciencia parcial del hecho, luego se debe determinar qué conocimientos generales poseía el autor sobre las consecuencias que podían

⁶⁵ Zaffaroni Raúl. Derecho Pena. Pág. 557



presentarse y si estas eran evitables, y por último si el autor con el conocimiento acerca de los hechos y la evitabilidad podía anticipar la peligrosidad de su conducta.

Esta previsibilidad distingue la culpa del dolo, pues en este último el autor prevé pero quiere conseguir el efecto dañoso, y también permite distinguirla del caso fortuito en donde no se puede prever dicho efecto.

La capacidad de prever que tiene la persona no solamente hace referencia a los conocimientos individuales que esta tenga, sino que se relaciona con los conocimientos, protocolos y técnicas que le exige la lex artis.



CAPÍTULO III

Imputación del Resultado en la Actividad Médica

1. Análisis a la imputación del resultado

1.1. Imputación objetiva

El estudio de la imputación objetiva como se la aborda en la actualidad se remonta a la filosofía idealista del Derecho de Hegel, desarrollada durante el siglo XIX, la cual consistía en atribuir al sujeto solamente las acciones que se consideraban como obra suya, de entre todas las acciones que podían llegar a presentarse.

La teoría de la imputación objetiva mantiene una relación estrecha con el delito culposo o imprudente, ya que establece límites en el ámbito de la tipicidad, debido a que no basta con que exista una relación de causalidad sino que se deben verificar ciertos aspectos para que el resultado sea imputable por ejemplo si el actuar del sujeto ha excedido los límites del riesgo permitido.

*Esta teoría permite contar con referentes normativos para establecer la posibilidad de atribuir o no resultados a quienes causalmente los ocasionan, tornando el sistema en previsible e igualitario*⁶⁶

Una de las definiciones acertadas es la propuesta por Berdugo en una de sus obras al decir que *“sólo es objetivamente imputable un resultado causado por una acción humana, cuando dicha acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado que se ha realizado en el resultado típico”*

La teoría de la imputación objetiva es *un sistema dirigido a delimitar la responsabilidad jurídico-penal que se derivaría de la sola causación de un*

⁶⁶ Bernate Ochoa Francisco. Prolegómenos Derechos y Valores. Pág. 40



*resultado lesivo*⁶⁷, que busca interpretar un comportamiento en el contexto social en el cual se produjo y así poder determinar si este es o no penalmente relevante.

También se establece que *es objetivamente imputable un resultado causado por una acción humana cuando dicha acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado que se ha realizado en el resultado típico*⁶⁸. Pero además de la creación del riesgo es necesario, además que el resultado causado pueda verse como realización del riesgo precisamente inherente a la conducta. Además de la relación de causalidad es necesaria pues una relación de riesgo entre la conducta y el resultado⁶⁹.

*La imputación objetiva, está conformada, por la teoría de la relevancia típica, que parte de la teoría causal de la equivalencia de condiciones, en donde las condiciones contribuyen por igual a la producción del resultado en la medida en que si se suprime mentalmente una de estas condiciones, el resultado no se consigue*⁷⁰. Es importante también referirse a la causalidad, ya que es una condición mínima de la imputación objetiva pues *a ella debe añadirse aún la relevancia jurídica de la relación causal entre la acción y el resultado pues la relevancia de los cursos causales no se limita solo objetivamente sino que también la exigencia de un aspecto subjetivo del echo congruente, tiene un efecto delimitador*⁷¹

Para Claus Roxin la imputación objetiva consiste en que el resultado de una acción se ha producido debido a que el autor ha creado un riesgo que no es socialmente permitido y este resultado resulta relevante dentro del campo penal; lo hace en una de sus obras al vincular la imputación objetiva con el criterio de creación de un riesgo jurídicamente relevante de una lesión típica del bien

⁶⁷ Jescheck, Hans-Heinrich Weigend, Thomas. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Pág. 28

⁶⁸ Jescheck, Hans-Heinrich Weigend, Thomas. Obra citada. Pág. 171

⁶⁹ Mir Puig. Obra citada. Pág. 77

⁷⁰ Villanueva Gustavo Adolfo. La Imputación Objetiva. Pág. 39

⁷¹ Jackobs Güther. Obra citada. Pág. 107



jurídico. Este autor ha propuesto ciertos criterios para determinar el juicio de la imputación objetiva, siendo estos los siguientes⁷²:

- La “disminución del riesgo”. Criterio mediante el cual puede negarse la imputación objetiva en los casos de desviación de un resultado grave, que haya llevado a producir uno leve.
- La creación de un riesgo penalmente relevante o no permitido. Según este criterio se procede a negar la imputación objetiva cuando la acción no ha creado el riesgo relevante de una lesión al bien jurídico.
- Aumento del riesgo permitido.- En estos casos procede negar la imputación objetiva cuando la conducta del autor no ha significado una elevación del riesgo permitido porque el resultado se hubiera producido igualmente aunque el autor hubiera actuado con la diligencia debida.
- Esfera de protección o ámbito de aplicación de la norma.- Este criterio permite solucionar aquellos casos en los que, aunque el autor ha creado o incrementado un riesgo que origina un resultado lesivo, éste no debe ser imputado al no haberse producido dentro del ámbito de protección de la norma, es decir si el resultado no era aquel que la norma quería evitar.

Además Roxin trata dos principios indispensables para la imputación objetiva que son:

- Un resultado causado por el actor solo debe ser imputado al tipo objetivo cuando la conducta del autor ha creado un peligro para el objeto de la acción no cubierto por el riesgo permitido, y ese peligro se ha realizado también en el resultado concreto. Mientras que la ausencia de la creación de un peligro lleva a la impunidad, la falta de realización del peligro en una lesión típica del bien jurídico solo tiene por consecuencia la desaparición de la consumación, de tal manera que, dado el caso, puede imponerse una sanción penal por tentativa.
- Generalmente es imputable el resultado cuando constituye la realización de un peligro creado por el autor, de tal manera que se completa el tipo

⁷² Vélez Giovanna. La Imputación Objetiva.



objetivo. Pero aun así puede excepcionalmente negarse la imputación cuando el radio de acción del tipo no incluye el impedir tales peligros y sus efectos... Resumiendo se puede decir, entonces, que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un riesgo creado por el autor, no cubierto por un riesgo permitido y que se encuentra dentro del radio de acción del tipo”⁷³

Otros autores abordan a la imputación objetiva partiendo de que *“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 cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto y cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo”*⁷⁴

Jackobs al referirse a la teoría de la imputación objetiva la aborda desde dos niveles. El primero se trata de la imputación objetiva del comportamiento que consiste en si la conducta del autor es jurídicamente relevante. Y el segundo la imputación objetiva del resultado que trata de si el resultado producido es consecuencia directa del comportamiento del autor. Esta diferenciación en niveles de la imputación objetiva busca en primer lugar determinar si la conducta realizada por el autor encaja en la hipótesis prevista por el tipo penal siendo la imputación del comportamiento y verifica la conducta lesiva; en segundo lugar busca comprobar si el resultado lesivo se encuentra conectada mediante el nexo causal con la conducta típica.

Además este jurista alemán señala cuatro instituciones dogmáticas, algunas coincidentes con los requisitos propuestos por Roxin, que son las que se indican a continuación y que serán materia de análisis más adelante:

a) El riesgo permitido: Parte de una definición claramente normativa del “riesgo”, desligada de probabilidades estadísticas de lesión. El riesgo permitido se define como el estado normal de interacción, es decir, como el vigente status quo de

⁷³ Roxin Claus. La Imputación Objetiva en el Derecho Penal. Pág. 91

⁷⁴ Cancio Manuel. Líneas Básicas de la Imputación Objetiva. Pág. 52



libertades de actuación, desvinculado de la ponderación de intereses que dio lugar a su establecimiento, hasta el punto que en muchos casos se trata de un mecanismo de constitución de una determinada configuración social por aceptación histórica; dicho de otro modo, se refiere más a la identidad de la sociedad que a procesos expresos de ponderación.

b) Principio de confianza: Determina cuándo existe, con ocasión del desarrollo de una actividad generadora de un cierto riesgo (permitido), la obligación de tener en cuenta los fallos de otros sujetos que también interviene en dicha actividad (de modo que si no se procediera así, el riesgo dejaría de ser permitido), y cuándo se puede confiar lícitamente en la responsabilidad de esos otros sujetos.

c) Prohibición de regreso: Con ella pretende Jackobs enmarcar de forma sistemática la teoría de la participación dentro de la imputación objetiva. La prohibición de regreso satisface la necesidad de limitar el ámbito de la participación punible, tanto para comportamiento imprudentes como dolosos, con base a criterios objetivo-normativos. De ese modo, la prohibición de regreso se presenta en cierto modo como el reverso de la participación punible.

d) Actuación a riesgo propio de la víctima o competencia de la víctima: Mediante esta institución Jackobs propone tener en cuenta la intervención de la víctima en el suceso. En este punto, la teoría de la imputación objetiva implica la introducción de elementos valorativos que determinan cuáles son los límites de la libertad de actuación, implica, en este sentido, el establecimiento de esferas de responsabilidad.

Para que un resultado sea imputable, se debe verificar en primer lugar la relación de causalidad, es decir constatar si existe un nexo que vincula a la acción con el autor y además si este comportamiento es penalmente relevante, pues la sola causación del resultado no conlleva la imputación, puesto que si para la imputación se considerase únicamente el lado cognitivo y se abordasen las probabilidades se estancaría toda actividad social por temor a que se llegue a producir un resultado adverso, por ejemplo la intervención quirúrgica por temor



a que el paciente tenga problemas post operatorios, o en la fabricación de autos por temor a que se produzca un accidente. Además de lo mencionado se deben comprobar ciertos aspectos o circunstancias, en primer lugar que la acción del sujeto haya creado un riesgo no permitido, en segundo lugar que este riesgo esté jurídicamente desvalorado y por último que por el cometimiento de este riesgo haya desencadenado un resultado típico y penalmente relevante.

No son imputables al autor aquellos resultados que se produzcan como consecuencia de acciones que se han realizado para aminorar el riesgo, por ejemplo cuando una persona lanza a un niño por la ventana de un edificio que está en llamas y al momento de caer el niño se rompe la pierna, este resultado no es imputable toda vez que si no se actuaba de esa manera el niño podía morir en el incendio, es decir se produjo un resultado favorable.

Parte de la doctrina señala el rol que cumple cada persona en la sociedad como presupuesto delimitador de la imputación objetiva, para lo cual resulta necesario conocer cuál era el rol que desempeñaba el autor, el mismo que *“ha de obtenerse por medio de una generalización de las facultades de las que disponen las personas de las que se espera que participen en la actividad en cuestión. La base del enjuiciamiento la constituye lo que conoce el titular de dicho rol acerca de la situación correspondiente. Su juicio sobre el proceso, con base en reglas comunicativamente relevantes y no especulativas, es el juicio determinante⁷⁵; además es importante mencionar que ciertas circunstancias se presentan en una relación interactiva, por ejemplo el riesgo prohibido, por lo que se vuelve necesario individualizar la competencia y determinar con claridad quien ha realizado la acción “ya que la competencia por el riesgo prohibido no necesariamente debe corresponderle al titular del ámbito de organización del que se deriva fácticamente el riesgo prohibido, sino que puede plantearse también frente a terceros (principio de confianza y prohibición de regreso) o puede incluso ser atribuida a la propia víctima (ámbito de responsabilidad de la víctima). Si no es posible afirmar la competencia jurídico-penal de alguna*

⁷⁵ Jackobs Güther. La Imputación Objetiva en el Derecho Penal. Pág. 60



persona cabrá tratar el hecho simplemente como un infortunio⁷⁶” respecto al rol vale también mencionar que en el cumplimiento de este, la persona que interviene debe contar con los conocimientos necesarios y especiales de ser el caso, por lo que la doctrina señala que “si puede demostrarse el conocimiento de la información necesaria para darse cuenta de la relevancia lesiva del hecho, entonces la imputación de conocimiento dependerá de los contornos normativos del rol. Si se trata de competencias que deben cumplirse en razón de toda la información que se maneja, entonces cabrá una imputación de conocimiento penalmente relevante, aun cuando la información se adquiera por fuentes informales. Dentro de estos supuestos se encuentran no sólo los casos del mandato general del ciudadano en la gestión de riesgos especiales, sino también los casos del cumplimiento del deber de socorro del ciudadano y ciertas vinculaciones institucionales, en los que, independientemente de la fuente de conocimiento, las obligaciones se deben cumplir con toda la información disponible. Por el contrario, en los ámbitos de actuación en los que se maneje riesgos especiales, el conocimiento por vía irregular no se sustentará una responsabilidad penal⁷⁷”

Además resulta importante precisar el rol, ya que los sujetos *no son responsables de la totalidad de los sucesos del mundo social en el que se desenvuelve, sino tan sólo de una parcela muy limitada de la realidad. Este segmento parcial se asigna a cada persona como miembro de la comunidad y el mismo está sometido enteramente a su vigilancia, de modo tal que deberá administrar correctamente esa esfera de responsabilidad para que no lesione ni invada otras ajenas⁷⁸*. Por lo tanto solo serán imputables las conductas que sean inherentes al rol que cumple la persona, ya que al infringir sus deberes y obligaciones defrauda a la sociedad.

⁷⁶ Feijoó Bernardo. Imputación Objetiva en Derecho Penal. Pág. 227

⁷⁷ García Caveró Percy. Lecciones de Derecho penal. Pág. 430

⁷⁸ Polaino Orts. Imputación Objetiva. Pág. 19



1.2. Instituciones de exclusión de la imputación

1.2.1. Riesgo Permitido

El riesgo permitido nace en Alemania en el siglo XIX fundamentando su concepto en los riesgos que aparecen con la industrialización, principalmente en las lesiones y muertes imprudentes, siendo un concepto inaplicable en los delitos dolosos tal como lo sostienen algunos autores al afirmar que *“la creación dolosa de un riesgo subsumible en el tipo objetivo suele ser penalmente relevante, por lo que la relevancia del riesgo permitido cuando se conoce una situación de peligro concreto es escasa. Los supuestos en los que la doctrina considera que no se imputa un resultado a título de dolo por crearse un riesgo permitido, en realidad no son supuestos de riesgo permitido strictu sensu. Son supuestos en los que falta un riesgo subsumible en el tipo, es decir, no existe el tipo objetivo como objeto de referencia del dolo. Por eso no existe un injusto doloso⁷⁹”,* por lo que mal se podría hablar de riesgo permitido en los delitos dolosos ya que “el instituto del riesgo permitido supone la plasmación de que la imprudencia no siempre se ve determinada por todo el cuidado posible para el autor, sino también por el cuidado mínimamente necesario en la vida de relación⁸⁰”. Sin embargo hay quienes sostienen que *“no existe la menor razón para limitar la figura jurídica del riesgo permitido al comportamiento culposo. Si está permitido crear determinados riesgos con respecto a bienes jurídicos ajenos, esta permisión tiene que regir también, en principio, para la acción dolosa, es decir: para todas las acciones jurídico-penales relevantes. Por lo tanto, la circunstancia de que el riesgo creado por el autor, que culmina en una resultado típico, haya superado los límites del riesgo permitido, comportará un requisito general de la fundamentación del ilícito⁸¹”*

⁷⁹ Feijoó Sánchez Bernardo. Obra citada. Pág. 211

⁸⁰ Feijoó Sánchez Bernardo. Obra citada. Pág. 197

⁸¹ Stratenwerth, Gunther; Derecho penal. Parte general. Pág. 121



Todas las actividades humanas implican un nivel de riesgo, el cual dependiendo el caso concreto será socialmente aceptable pues si bien la acción que generó el riesgo puede llegar a lesionar un bien jurídicamente protegido, no defraudan las expectativas de la comunidad, en este sentido se señala que *“actualmente está reconocido de manera general que, en el Derecho Penal, el riesgo permitido cumple el papel de excluir la punibilidad. Hay casos en los cuales es lícito poner en peligro un bien jurídico, cuando están en juego determinados valores cuyo precio es, justamente, la puesta en peligro de un bien jurídico. Y si, en un caso de esa índole, la puesta en peligro lícita de un bien jurídico, desemboca en una lesión, entonces, el autor no puede ser penado en razón de la licitud de su conducta⁸²”*

El médico en el ejercicio de su profesión, y cumpliendo uno de sus deberes como es el de informar al paciente debe advertirle sobre todos los riesgos previstos que pueden presentarse. Es así que, si el profesional de la salud sobrepasa el nivel de riesgo permitido para su profesión, cumplirá uno de los requisitos del injusto penal; pues al momento de excederse en el riesgo su conducta se vuelve relevante. Se dice que *“todas aquellas actividades desarrolladas dentro de lo que socialmente se considera un riesgo permitido no pueden dar lugar a reproche jurídico de ninguna naturaleza, aun en el evento de que generen lesiones a particulares; por el contrario, son desaprobadas todas aquellas conductas que exceden el riesgo permitido, lo cual cubre no sólo aquellas actividades que han sido desplegadas a pesar de ser socialmente prohibidas, sino también las que siendo toleradas han sido ejecutadas sin la observancia de las normas de cuidado previamente establecidas para la minimización del riesgo⁸³”*.

Para determinar si un riesgo es o no permitido se pueden utilizar patrones técnicos que permiten determinar lo que es aceptado, preferible o usual, además el riesgo permitido tiene lugar cuando es evaluable la utilidad y el perjuicio del riesgo *con arreglo a baremos jurídicos, es decir si se pueden definir como*

⁸² Maiwad, Manfred. De la capacidad de rendimiento del concepto de riesgo permitido para la sistemática del Derecho Penal. Pág. 9

⁸³ Reyes, Yesid. Imputación objetiva. Pág. 93



*intereses jurídicamente reconocidos o no reconocidos*⁸⁴. Günther Jackbs señala lo que se debe entender por beneficio el cual está constituido por la libertad de comportamiento que se obtiene con ayuda de la permisión de riesgos, mientras que los perjuicios serían la pérdida de aquellos bienes a cuya destrucción conduce el riesgo, debiendo ambos lados mantener una relación adecuada.

El nivel de permisibilidad es determinado según las expectativas de la sociedad, pues serán sus integrantes quienes fijen el nivel de tolerancia, que se lo hará analizando los beneficios y perjuicios que puede llegar a generar una conducta, por lo tanto la sociedad es quien *“admite o tolera en forma genérica ciertas actividades que encierran peligros, pero no admite las imprudencias que se puedan producir en el marco de dichas actividades. Es decir, solo admite el ejercicio correcto de ciertas actividades o profesiones que encierran peligros*^{85”}. Por lo tanto se puede decir que es la sociedad quien fija los límites del riesgo y establece cuándo una actividad sobrepasa dicho límite y como consecuencia el resultado dañoso debe ser imputado al autor, respecto a esto Jackobs sostiene que *“deja de estar permitido aquel comportamiento que el propio Derecho define como no permitido, prohibiéndolo ya por su peligrosidad concreta o abstracta, incluso bajo amenaza de pena o de multa administrativa. A través del establecimiento de la prohibición de la puesta en peligro –que cuando menos es de carácter abstracto- el comportamiento queda excluido del ámbito de lo socialmente adecuado, y se define como perturbación de la vida social; esto acontece por la simple realización de un comportamiento así configurado sin tener en cuenta el resultado que produce*^{86”}

Se entiende por riesgo permitido a aquel que la sociedad ha decidido tolerar pues no causa lesiones o perjuicios graves a los bienes jurídicos de los que la integran, o como sostiene Jackobs es *aquel riesgo que necesariamente se halla vinculado a la configuración de la sociedad: se trata, por tanto, de una concreción de la adecuación social. Aquí no se toman en consideración las situaciones de*

⁸⁴ Jackobs Günther. Derecho Penal Parte General. Pág. 243

⁸⁵ Feijoó Bernardo. Obra citada. Pág. 200

⁸⁶ Jackobs Günther. La Imputación Objetiva en el Derecho Penal. Pág. 55



justificación. El riesgo permitido no resuelve una colisión de bienes, sino que establece lo que son supuestos normales de interacción, ya que la sociedad – cuyo estado normal es el que interesa aquí- no es un mecanismo para obtener la protección de bienes, sino un contexto de interacción⁸⁷

Por otro lado se encuentran los riesgos que por los resultados que pueden desencadenar no son aceptados socialmente y por lo tanto la no neutralización de estos riesgos si acarrea responsabilidad, ya que son prohibidos pues sobrepasan el ámbito de permisión de los riesgos. *"para que un riesgo pueda ser considerado como permitido no basta tan solo que la actividad de la cual emana represente considerables beneficios sociales frente a un mínimo de peligrosidad, sino que es indispensable la absoluta indeterminación de las potenciales víctimas de ese riesgo residual; por ello, en el hipotético evento de que anticipadamente pudieran ser individualizadas las víctimas de una actividad peligrosa ella debería ser prohibida porque su desarrollo no puede prevalecer frente a la inminente lesión de un individuo"⁸⁸*

Hay tres tipos de acciones que según Paredes Castañón son determinantes de conductas que encajan en la institución del riesgo permitido, que son las siguientes:

1. Acciones peligrosas o lesivas que son socialmente necesarias o útiles (tráfico).
2. Acciones peligrosas o lesivas con el grado de cuidado jurídicamente debido (ni dolosas ni imprudentes).
3. Acciones imprudentes cometidas en situaciones excepcionales (conducir un coche superando el límite de velocidad por llevar a un herido al hospital).

⁸⁷ Jackobs Günther. Pág. 244

⁸⁸ Reyes Alvarado Yasid. Imputación Objetiva. Pág. 93



Así también el mismo autor sostiene que existen ciertas conductas que permiten concluir que se ha incurrido dentro de acciones que han sobrepasado el límite tolerable que son las siguientes:

1. Aquello que se encuentre principalmente prohibido por vía legislativa o reglamentaria, lo cual es lógico pues los parámetros están claramente delimitados y su inobservancia constituye por sí una acción peligrosa.
2. Los riesgos que sobrepasan el estándar de adecuación social o de una conducta riesgosa socialmente aceptable, pues como se ha manifestado en líneas anteriores es parte del funcionamiento de la sociedad y para que esta se desarrolle debe estar dispuesta a tolerar riesgos, cuyos límites son subjetivos pues varían de acuerdo a los miembros de la sociedad la cultura y la educación que tengan.
3. Conductas peligrosas que requieren conocimientos especiales, en el caso de la profesión médica es evidente que el profesional debe contar con los conocimientos especiales y necesarios exigidos para realizar una intervención

Hay autores que ubican al riesgo permitido como una causa de justificación al decir que esta institución posibilita *“el desarrollo de acciones que en esencia son socialmente deseables, pero que a pesar de ello muestran propensión hacia la creación de un riesgo. Por su utilidad social estas acciones también pueden ser llevadas a efecto aun cuando el riesgo en ellas contenido se realice y malogre la utilidad perseguida. En estos casos el autor tan sólo recibe una autorización de acción para obrar arriesgadamente, pero no una facultad de intervención sobre el bien jurídico protegido pues éste es tan digno de protección como el interés que el autor preserva. A pesar de todo, el comportamiento del autor permanece justificado en su conjunto incluso aunque acaezca el resultado. Sin embargo y a causa de la inseguridad de la situación de partida, constituye siempre un requisito para la justificación el examen cuidadoso por parte del autor de las condiciones fácticas de la acción⁸⁹”*. Como contraparte hay autores como

⁸⁹ Jescheck, Hans-Heinrich. Obra citada. Pág. 430



Rusconi y Maiwald que sostienen que el riesgo permitido no es una causa de justificación sino debe ser estudiada como una institución autónoma que se ubica dentro de la tipicidad al sostener que *“por medio del modelo de atribución que ha desarrollado a partir de la imputación objetiva, se encarga como fundamento de la licitud, de definir si la acción del agente significa un riesgo desaprobado y si constituye una conducta que posee las características necesarias como para que le sea atribuido un resultado. En este ámbito el riesgo permitido constituye un criterio necesario para tal definición político-criminal, y esta definición se produce a través de una evaluación general de ventajas y desventajas de un núcleo de acciones posiblemente peligrosas. Este núcleo de acciones, como por ejemplo, el manejo de la energía nuclear o el manejo de un automóvil, garantiza siempre y cuando la acción se mantenga dentro de la administración normal de los riesgos vitales consustanciales a ese núcleo de acciones que cualquier curso causal emprendido esté alcanzado por esta permisión global o general⁹⁰”*. Por otro lado está Zaffaroni, con un criterio un tanto ecléctico pues dice que *“el riesgo permitido no es ninguna cuestión unitaria, de lo que proviene su anárquico y asistemático tratamiento por la doctrina. Más que una específica causa de exclusión del delito, es una pluralidad de hipótesis en que no hay delito, sea porque falta la tipicidad, porque falta la antijuridicidad o porque falta la culpabilidad. La pretensión de hacerlo materia de un tratamiento unitario está definitivamente condenada al fracaso⁹¹”*

Una vez expuestas estas consideraciones se puede concluir que si el profesional de la salud realiza acciones que vayan más allá del riesgo que conllevaría su actuar normal y que la sociedad consciente de lo que implica la actividad médica las ha aceptado, será responsable de los resultados desfavorables que haya producido, mientras que si no ha superado estos límites y el riesgo en el que ha incurrido era el permitido su conducta no será reprochable.

⁹⁰ Rusconi Maximiliano. Cuestiones de imputación y responsabilidad en el Derecho penal moderno; Pág. 74

⁹¹ Zaffaroni Raúl Eugenio. Tratado de Derecho Penal. Pág. 634



1.2.2. Principio de Confianza

Este principio surgió en sus inicios como un criterio complementario de la previsibilidad, para posteriormente conseguir un carácter independiente. Si bien nace como institución para los delitos relacionados con el tráfico viario, Schmidt lo incorpora en el campo de la medicina, precisamente por la participación de varias personas durante la intervenciones partiendo de que si la responsabilidad de un sujeto debe abarcar los errores que cometen las personas que le prestan algún tipo de ayuda, concluyendo que no incurre en ninguna responsabilidad a menos que esté desaprobado que un tercero intervenga o que su actuar no sea fiable.

El principio de confianza permite establecer que, únicamente las conductas incorrectas que sean previsibles según el caso concreto, serán las que se consideren, es decir que si son varias las personas involucradas en la producción del resultado lesivo se busca determinar con la aplicación del principio de confianza en qué medida la actuación del autor ha sido capaz de producir dicho resultado por sí sola, por lo tanto si *la conducta del sujeto constituye un riesgo que se sale de lo normal y no requiere la intervención del tercero para producir el resultado lesivo*⁹² habrá imputación, más si *la conducta del sujeto representa un riesgo normal o típico y sólo resulta peligrosa en la medida en que se produzca la conducta imprudente de un tercero*⁹³, se limita la imputación ya que se confiaba en el actuar prudente del tercero.

Jackobs sostiene que el núcleo conceptual de este principio se basa en que a pesar de la constatación de los errores de los demás se autoriza a quien realiza una actividad arriesgada a confiar en el comportamiento socialmente adecuado de terceros.

⁹² Maraver Mario. El Principio de Confianza en el Derecho Penal. Pág. 110

⁹³ Maraver Mario. Obra citada. Pág. 111



La confianza a la que se hace alusión debe ser entendida como una confianza de carácter social, es decir se refiere a *aquella que posibilita los contactos sociales: el ciudadano racional, fiel al ordenamiento jurídico confiará en que los demás se comporten del mismo modo, es decir, cumpliendo las expectativas sociales que les atañen y respetando a los demás como personas*⁹⁴.

Este principio opera siempre que hayan *contextos de interacción en que intervienen una pluralidad de sujetos y en los que existe una división jerarquizada de trabajo*⁹⁵; al ser la medicina una profesión de diversas especializaciones que conlleva la participación de varias personas entre médicos, enfermeras auxiliares, generando una división de trabajo y por ende situaciones de subordinación, siendo así que en caso de que se produzca un resultado lesivo serán varias las personas involucradas; en este contexto el principio de confianza se aplica en dos tipos de relaciones profesionales, la primera se trata de una relación horizontal *“que tiene lugar entre profesionales que poseen un mismo nivel de cualificación en sus respectivas ramas*⁹⁶”, caso en el cual este principio se aplica a plenitud, por ejemplo el de un cirujano con un anestesiólogo, cuando *el médico puede confiar en que el anestesiólogo preparará y aplicará adecuadamente el compuesto anestésico y que realizará las maniobras de reanimación adecuadas cuando fuere necesario, en tanto que éstas son sus funciones. De manera que, cuando el paciente fallece debido a una deficiencia en la administración de la anestesia, ya sea en la preparación del compuesto anestésico o en su aplicación, no podrá imputarse el resultado lesivo al cirujano*⁹⁷ ya que estos profesionales que desempeñan un rol trascendental e independiente confían en que los demás que participan en la intervención médica cumplan su rol de manera adecuada. De otro lado está la relación vertical que es aquella que se genera entre quienes tienen un rol trascendental e independiente y quienes tienen un rol secundario y dependiente, por ejemplo entre el médico y la enfermera, *cuando el médico solicita a la enfermera aplicar un medicamento específico, el facultativo puede confiar en que aplicará la*

⁹⁴ Polaino Orts. Obra citada. Pág. 57

⁹⁵ Feijóo Bernardo. Obra citada. Pág. 303

⁹⁶ Terragni Marco. Obra citada. Pág. 202

⁹⁷ Bernate Ochoa Francisco. Prolegómenos Derechos y Valores. Pág. 70



*sustancia que fue indicada y en la cantidad prescrita. A su vez, la enfermera puede confiar en que la orden dada por el médico se ajusta a la lex artis*⁹⁸. En este último tipo de relación se aplica una regla básica de valoración y por tanto el alcance del principio de confianza se restringirá en cierto modo, tal como lo sostiene Feijóo Sánchez al decir *que cuánto menores sean la experiencia y preparación del subordinado, mayor será el deber de supervisión del superior, por lo que, en esa misma medida, menor será el alcance del principio de confianza*⁹⁹.

Entre los presupuestos del principio de confianza se pueden señalar los siguientes:

- Sólo puede confiar quien ha actuado correctamente.- Esto resulta lógico por cuanto solo el profesional que esté capacitado, que haya observado todos los protocolos recomendados por la lex artis y que haya cumplido con los deberes exigidos para su rol, puede confiar tanto en su equipo de trabajo como en el paciente, asumiendo que se encuentran igualmente capacitados, solamente bajo esta condición podrá exigir el médico el mutuo cumplimiento de las reglas de los roles que tiene cada uno, ya que *quien crea una situación oscura o peligrosa no puede abandonarse a que otros compensarán este peligro incrementando el cuidado*¹⁰⁰

Este presupuesto tiene también un límite que consiste en que debe existir un nexo entre la conducta del sujeto y la conducta del tercero, que se puede generar cuando la conducta incorrecta del autor motiva la conducta incorrecta del tercero.

- Sólo se puede confiar si no hay circunstancias en el caso concreto que evidencien el comportamiento incorrecto del tercero.- Es decir que este principio resulta inaplicable cuando es previsible que el tercero va a actuar de una manera incorrecta. Por lo tanto el límite de este presupuesto sería en la previsibilidad de la conducta.

⁹⁸ Bernate Ochoa Francisco. Obra citada. Pág. 71.

⁹⁹ Feijóo Bernardo. Obra citada. Pág. 305

¹⁰⁰ Stratenwerth Güther. Derecho penal Parte General; El Hecho Punible. Pág. 69



- Sólo se puede confiar si no existe un deber de evitar o compensar la conducta incorrecta del tercero.- Este presupuesto se aplica en virtud de la división de trabajo que se mencionaba anteriormente, ya que cada persona tiene un rol que cumplir, sobre todo en las relaciones verticales, donde es el jerárquicamente superior el que tendrá la obligación de vigilar las conductas de sus subordinados, así como evitar que se produzcan resultados fatales, verificando que cada uno cumpla de la mejor manera los roles asignados.

Para ejemplificar todo lo explicado, vale mencionar la sentencia del 12 de Mayo del año 2000 dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona en la que un cirujano una vez terminada la operación deja a su paciente bajo vigilancia del anestesista, quien al manipular el grifo suministra oxígeno al paciente y le produce la muerte, la Sala absuelve al cirujano aplicando el principio de confianza, resolución en cuya parte pertinente dice lo siguiente:

“Por lo que se refiere al cirujano acusado, debemos acudir al denominado principio de confianza. En efecto, la división del trabajo descrito genera una confianza en el actuar diligente de los demás profesionales de manera que a cada uno de los miembros del equipo no se les puede responsabilizar de los fallos de otro, salvo que la confianza en su actuación sea estimada infundada en atención a la entidad del error, o a la ausencia de cualificación o fiabilidad del directamente responsable”

1.2.3. Acciones a propio riesgo

Esta institución opera para excluir la responsabilidad del autor cuando la víctima decide voluntaria y libremente hacer frente al peligro asumiendo sus consecuencias, es decir, en aquellos casos en los que puede elegir sin interferencias ajenas entre enfrentarse al riesgo o no hacerlo¹⁰¹, por lo tanto si la persona titular del bien jurídico afectado, por su negligencia o imprudencia crea y se expone a una situación de riesgo o peligro, no puede pretender que se

¹⁰¹ González Cussac. Mira Benavent. Ámbito de Responsabilidad de la víctima y la Teoría de Imputación Objetiva. Pág. 723



impute el resultado a un tercero, por lo que se excluye la tipicidad de la conducta, pues la puesta en peligro voluntaria no es penalmente relevante, por cuanto se encuentra fuera del ámbito de protección de la norma infringida.

Las acciones a propio riesgo contemplan los *supuestos en los que la víctima con su propio comportamiento da la razón para que la consecuencia lesiva le sea imputada; casos en los que, por tanto, la modalidad de explicación no es la “desgracia”, sino “la lesión de un deber de autoprotección” o incluso la “propia voluntad”; las infracciones de los deberes de autoprotección y la voluntad se agrupan aquí bajo el rótulo de “acción a propio riesgo”¹⁰²*

También la institución de la acción a propio riesgo puede ser entendida desde el momento en que se produce *la infracción de incumbencias de autoprotección frente a los riesgos que se encuentran presentes en la interacción social, supuestos en los que la víctima actúa de una manera tal que pueden esperarse objetivamente consecuencias lesivas para ella, por tanto la infracción de estas incumbencias por parte de la propia víctima hace que en determinados casos, los sujetos que le han producido causalmente la lesión no respondan penalmente o sólo lo hagan de manera parcial en caso de mantener ciertas competencias en el dominio del riesgo*¹⁰³.

Se sustenta en el principio de autorresponsabilidad que consiste en *el reconocimiento de la libertad de organización y correlativamente, en la atribución de una responsabilidad preferente al titular de los bienes*¹⁰⁴ y con el deber de la autoprotección que establece que cada persona es responsable de su actuar, no existe imputación objetiva en los casos en que la víctima de una lesión por propia decisión responsable rehúsa el tratamiento médico; por ejemplo, rehúsa someterse a una operación salvadora o rehúsa una transfusión de sangre.

Lo que se pretende con la existencia de esta institución, es que la actuación imprudente de la víctima sea considerada al momento de determinar la

¹⁰² Jackobs Günther. Obra citada. Pág. 33

¹⁰³ García Caveró Percy. Penal Parte General. Pág. 432

¹⁰⁴ Cancio Meliá Manuel. Estudios de Derecho Penal. Pág. 113



responsabilidad del sujeto activo, pues la misma ha coadyuvado a que el resultado se produzca.

Si bien la autodeterminación y la libertad de la persona es un derecho, estas también delimitan los ámbitos de la responsabilidad individual, por lo tanto si una persona con su actuación libre, voluntaria y autónoma lesiona bienes jurídicos (aunque sean propios) será responsable del resultado que provoque no pudiendo ser imputado a un tercero, ya que *cuando la víctima interviene junto con un tercero en una actividad generadora de riesgo, éste último no debe responder dado que no puede ser hecho responsable por lo que otro (la víctima) realizó, estos es, no se le puede imputar aquello que es competencia de quien no administró su ámbito de organización de forma cuidadosa*¹⁰⁵

Weber discrepa con la existencia de esta institución, pues él considera que es totalmente innecesaria, ya que en el supuesto caso que la víctima actúe en una situación riesgosa y como consecuencia de ese actuar se produzcan resultados lesivos, se debe aplicar la dogmática de la imprudencia; criterio que resulta debatible pues la autopuesta en peligro engloba muchos más aspectos y supuestos que la imprudencia ya que esta última hace referencia únicamente a un actuar descuidado y de cierto modo incierto, mientras que en la autopuesta en peligro la víctima conoce los resultados que puede ocasionar su actuar y sin embargo consciente del peligro se expone al mismo de forma libre y voluntaria.

En base a lo explicado se puede colegir que cuando existan situaciones que impliquen cierto nivel de riesgo *es el titular de los bienes jurídicos quien deberá responder por la lesión de los mismos en caso de que dicho resultado sea atribuible a su propia esfera de organización*¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Medina Frisancho José. La imputación a la víctima en los delitos de defraudación patrimonial. Pág. 71

¹⁰⁶ Alas Rojas Diana. Comportamiento de la Víctima del Delito: La autopuesta en peligro. Pág. 4



Las acciones a propio riesgo son frecuentemente relacionadas con la autopuesta en peligro la cual *opera para excluir la responsabilidad del autor cuando la víctima decide voluntaria y libremente hacer frente al peligro asumiendo sus consecuencias, es decir, en aquellos casos en los que puede elegir sin interferencias ajenas entre enfrentarse al riesgo o no hacerlo*¹⁰⁷, o explicada de otra forma se puede decir que tiene lugar cuando *el titular de un bien jurídico (víctima) emprende conjuntamente con otro (autor) una actividad que puede producir una lesión de ese bien jurídico. La actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima, en la medida en que –en primer lugar- la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima, –en segundo lugar- la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor por carecer ésta de la responsabilidad o de la base cognitiva necesarias para poder ser considerada autorresponsable, y finalmente, en tercer lugar- el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima*¹⁰⁸

Como características de las acciones a propio riesgo se puede colegir que esta debe ser consciente, libre y voluntaria, es decir que no opera en los casos en los que la víctima *es instrumentalizada por el autor o ante la existencia de deberes de control, protección o tutela frente a la víctima derivados de un rol especial del autor*¹⁰⁹. Así también se puede establecer los presupuestos que dan lugar a esta institución siendo los siguientes¹¹⁰:

- La permanencia de la actividad lesiva hasta el final en el marco de lo organizado conjuntamente entre autor y víctima: lo que implica que la actividad riesgosa que provoca el resultado lesivo debe guardar relación con la organización del autor y la víctima, delimitando la libertad de actuación y decisión de cada uno de ellos y de acuerdo a esto establecer si la conducta del autor es típica o si la víctima ha sido imprudente.

¹⁰⁷ Ore Sosa Eduardo. Autopuesta en peligro y exclusión de comportamientos penalmente relevantes.

¹⁰⁸ Cancio Meliá Manuel. Obra citada. Pág. 114

¹⁰⁹ García Percy. La recepción de la teoría de la imputación objetiva en la Jurisprudencia de Perú. Pág. 223

¹¹⁰ Alas Rojas Diana. Obra citada. Pág. 25



- La víctima debe reunir las condiciones necesarias para ser considerada una persona autorresponsable: por una parte debe tener capacidad tanto psicológica como legal para que un resultado le sea atribuible y de ser el caso responda ante el ordenamiento jurídico, y por otra parte no deben existir diferencias notables en cuanto a conocimientos entre el autor y la víctima que la coloquen en una situación de inferioridad, lo que exige que que la actuación de la víctima sea voluntaria y consciente.
- No debe mediar entre los interactores un deber de garante específico: no debe existir una posición de garante, ya que si esto ocurriese el autor será responsable por cuanto el cuidado de la víctima estaba a su cargo y por lo tanto tiene la obligación de protegerla y de este modo excluye al principio de la autorresponsabilidad.

1.2.4. Prohibición de Regreso

La prohibición de regreso ha sido abordada ampliamente por Günther Jackobs, mismo que ha tenido detractores como Roxin quien objeta esta institución debido a que las deducciones que determinan a la prohibición de regreso son abstractas y considera que lo único que puede determinar si un resultado puede ser imputable es si en la producción del mismo se ha infringido un deber de cuidado.

En sus inicios esta teoría consideraba a la acción del tercero como una interrupción del curso causal de la comisión de un delito doloso de un sujeto que podía ser identificado de forma clara, por lo tanto se la trataba con una interrupción al nexo causal, teoría sostenida por Frank que señalaba que *“todo favorecimiento imprudente de una conducta dolosa y culpable es impune”¹¹¹*, por lo tanto en caso de darse esta situación, la persona respondería solamente en el caso que se presentes los presupuestos legales de participación, mas no solo por el comportamiento imprudente.

La teoría tradicional sostiene que no se puede imputar un resultado a quien favorezca de forma inocua a la realización de una conducta dolosa o culposa,

¹¹¹ Feijóo Sánchez Bernardo. Obra citada. Pág. 336



por ejemplo el asistente de enfermería que entrega una gasa a la enfermera, y esta última la olvida dentro del paciente.

La principal característica de la prohibición de regreso, es que el comportamiento del autor debe ser inocuo, es decir una conducta que no cause daño ni físico ni moral por lo tanto inofensiva y que no tiene relevancia penal.

Esta teoría presenta un problema pues el que realiza un comportamiento imprudente no es sancionado, así Feijóo Sánchez critica esta teoría al sostener que la *“prohibición de regreso regala impunidad sin que el beneficiario se lo merezca, ya que, en principio, ha infringido una norma penal. Simplemente se le “regala” porque otra u otras personas también se han comportado defectuosamente. Además, la idea político- criminal de que la pena aplicada al autor ya satisface las necesidades preventivo- generales y de intervención del Derecho Penal, puede ser aplicada a todos los supuestos de participación, también a los dolosos. En estos supuestos se puede decir también que “la acción del primer actuante está tan lejos de la producción de la muerte en sentido estricto, que difícilmente nadie podría pensar que esa acción puede estar prohibida penalmente como causación de la muerte”*

CONCLUSIONES

La realización de la presente monografía ha permitido concluir lo siguiente:

- El médico en el ejercicio de su profesión, tiene una serie de deberes determinados ya sea en cuerpos normativos como el Código Internacional de Ética Médica, o en normas éticas que se encuentran dispersas pero que deben ser observadas, deberes que pueden englobarse en cuatro fundamentales que son el deber de examinar su propia capacidad, deber de derivar al paciente en caso de ser necesario, deber de utilizar los medios técnicos auxiliares y el deber de informar. En caso de que el profesional de la salud inobservase cualquiera de ellos incurrirá en responsabilidad por mala práctica profesional.
- La medicina es una de las profesiones que más riesgo conlleva, pues la misma se ejerce entorno a la vida de las personas, consecuentemente cualquier intervención que se realice y aunque el médico cuente con la preparación necesaria, indiscutiblemente provocará una alteración física o psicológica en el paciente, sin que esto signifique que la persona atendida tenga por el solo hecho de no encontrarse satisfecha tiene derecho a reclamar al médico una mala práctica profesional.
- En el campo de la medicina, establecer el rol que cumple cada uno de los que intervienen en la relación con el paciente es trascendental, pues a partir de este se delimitará la esfera de actuación de cada uno de ellos y por ende la responsabilidad que se puede generar. Además una vez establecido el rol será más sencillo determinar cuál es el deber de cuidado que debe cumplir el médico.
- El profesional de la salud debe poner especial énfasis en el deber de informar y consecuentemente en el consentimiento informado, ya que la información entregada permitirá al paciente conocer las implicaciones de la intervención y así aceptará o no los riesgos que conlleva la misma, deslindando de responsabilidades al médico en caso de que se produjese un resultado lesivo; y conforme lo analizado en el presente trabajo.
- La teoría de la imputación objetiva es recogida por nuestro sistema penal, ya que conforme lo determina el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, no basta la mera producción del resultado, sino que se debe verificar que el médico haya sometido al paciente a un riesgo innecesario o prohibido, producido por su conducta negligente, imprudente o por su



impericia, por lo tanto debe existir un nexo causal entre la conducta del médico y la producción del resultado lesivo.

- La actividad médica conlleva una serie de riesgos que son inherentes a esta profesión, por lo que es relevante que se consideren las instituciones excluyentes de la imputación objetiva que son el riesgo permitido, principio de confianza, autopuesta en peligro y prohibición de regreso.
- Si bien el riesgo permitido es definido por la sociedad hay que considerar que uno será el aceptado por las personas en calidad de paciente y otro será el considerado por el médico en base a su experiencia y cotidianidad de su actuación, por lo que sería recomendable que se fijasen ciertos baremos generales a ser observados. Así como también sería necesario y pertinente introducir ciertos conceptos de manera clara, por cuanto existe gran subjetividad al momento de referirse a la negligencia, imprudencia, impericia, deber de cuidado y sobre todo a las acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas, mucho más al ser estas consideradas en el tipo penal del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, no pueden quedar a interpretación subjetiva del juez.



BIBLIOGRAFÍA

- ALAS Rojas Diana. Comportamiento de la Víctima del Delito: Autopuesta en Peligro. 2015
- ARELLANO González Martha. Manual ético-legal de la Práctica Médica. 2005
- AZÚA González Clara Isabel. Infracción de Deberes de Información y Obligación de Indemnizar en el Ámbito Sanitario. 2013
- CHAIA Rubén Alberto. Responsabilidad Penal Médica. 2006
- CÓRDOVA Fernando. Dolo y Evitabilidad Individual. 2015
- DE LAS HERAS García Manuel Ángel. Estatuto ético-jurídico de la Profesión Médica Tomo I. 2006
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN Federico. El Consentimiento Informado y la prueba de la Lex Artis. La Relevancia de la Prueba de Presunciones. 2011
- FEIJOO Sánchez, Bernardo. Imputación Objetiva en Derecho Penal. 2002
- GARCIA LUNA Cayetano, LARIOS RISCO David, LOMAS HERNANDEZ Vicente, SEGURA GARCIA Belén. Marco Jurídico de las Profesiones Sanitarias. 2007
- GARCÍA Cavero Percy. La recepción de la teoría de la imputación objetiva en la Jurisprudencia de Perú. 2003
- GARCÍA Cavero Percy. Derecho Penal Parte General 2da Edición. 2012
- JACKOBS Günther. Derecho Penal Parte General-Fundamentos y Teoría de la Imputación. 1997
- JAKOBS, Günther; La Imputación Objetiva en Derecho Penal. 2005
- JESCHECK, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas; Tratado de Derecho Penal. Parte General. 2002
- MAIWALD, Manfred. De la Capacidad de Rendimiento del Concepto de “Riesgo Permitido” para la sistemática del Derecho Penal. 1998
- MARAVÉR Gómez Mario. El Principio de Confianza en el Derecho Penal. 2007
- MARTÍNEZ GARCÍA Asunción. Marketing Sanitario Evolución-Revolución. 2014
- MAURACH Reinhart. Formas de Aparición del Delito y las Consecuencias Jurídicas del Hecho. 1995
- SERRANO Escobar Luis Guillermo. Nuevos Conceptos de Responsabilidad Médica. 2000



RIU Jorge Alberto. Responsabilidad Profesional de los Médicos

STRATENWERTH Günther. Derecho Penal Parte General; El Hecho Punible. 2005

TARODO SORIA Salvador. El Consentimiento Informado en el Ordenamiento Jurídico Norteamericano.

ZAFFARONI Raúl Eugenio. Tratado de Derecho Penal. 1981

ZAVALA Baquerizo Jorge. El Proceso Penal Tomo II. 2004